

우리나라 보건의료법의 현황과 과제

- 법정정책학적 연구방법론을 중심으로 -

조 형 원*

- I. 서론
- II. 법정정책학적 접근을 통한 문제해결
 - 1. 보건의료법체계의 접근방향
 - 2. 보건의료법체계에의 법정정책학적 기여
- III. 보건의료법체계에 대한 헌법적 기반
- IV. 보건의료법체계의 비교법적 고찰
 - 1. 보건의료법의 정의 및 체계
 - 2. 의료인에 대한 규율
 - 3. 의료보험법체계
 - 4. 의료분야에 대한 규율의 방향
- V. 보건의료법제의 법정정책학적인 검토
 - 1. 보건의료법체계
 - 2. 의료인
- VI. 결론

I. 서론

보건의료 법정정책의 상당수의 혼란상은 직종별 이해의 대립과 전문화의 심화 등이 원인이 되고 있다. 의사와 한의사, 의사와 약사 등의 부딪힘은 의료인간의 갈등과 반목의 예가 된다. 때론 의료제공자와 의료대상자간의 갈등도 집

* 논문접수: 2013.4.23. * 심사개시: 2013.5.10. * 수정일: 2013.6.8. * 게재확정: 2013.6.10.

* 상지대학교 보건과학대학 의료경영학과 교수, 법학박사

단 이해 차원에서 제기된다. 최근의 간호사와 간호조무사간의 진료보조업무 허용 및 간호인력 양성체계를 둘러싼 갈등이라든지 물리치료사의 독립문제 등은 의료영역의 전문화의 흐름 속에서 발생하는 문제이다. 국가의 보건의료 정책과 보건의료현장의 갈등이 비등한 현실 속에서 우리의 보건의료체계에 관한 근본적인 재검토를 통하여 체계의 재정립을 위한 깊은 성찰이 무엇보다 먼저 필요하다. 보건복지행정국가를 지향하는 오늘날의 국가적 상황에서 특히 정책지향적인 법이 많이 제·개정되는 보건의료법 분야에 있어서는 근본적인 법정정책학적인 검토를 통하여 보건의료 법체계를 정립하여야 한다. 이렇게 하는 것이 보건의료법체계에 대한 깊은 성찰의 필요성에 부응하는 길이다.

세계 각국 어느 나라나 법치주의를 지향하는 국가체제라면 의료제도의 최종적이고 가장 확실한 시행근거는 관련법령에 담겨 있게 되므로 법정정책학적인 연구의 출발점은 해당 국가의 보건의료법제가 된다. 그러나 종래의 보건의료법제는 법제가 가진 기술성 때문에 법제를 뛰어넘어서 법제구축에 있어 보편적이고 기반이 되는 내용의 도출을 위한 법철학적 내지 법이념적 연구가 필요하다. 특히 나라별로 파생되는 법정정책의 실상을 연구해야만 법정정책적인 스펙트럼이 결정된다.

아울러 법정정책학적인 접근방법이 존재하여야만 보건의료를 둘러싼 학제적인 연구를 수용할 이론적인 틀이 생성된다. 또한 이러한 연구는 보건의료의 연구에 대한 객관성을 담보해 준다. 따라서 이러한 법정정책학적인 고찰로서 바람직한 보건의료제도의 법체계의 정립을 위한 실증적이고 실무에 정통한 법체계 연구를 수행하게 된다.

본 논문에서는 현행 보건의료체계에 대해 기존의 접근방법과는 확연히 다른 법정정책학적인 연구를 이 연구의 접근방법으로 채택한다. 본 논문의 주요 접근방법인 법정정책학은 어떤 나라의 법체계를 분석하기 위해서 국가나 사회생활에서 나타나는 다양한 현상에 관하여, 법제를 둘러싼 다양한 사회과학적인 시각에서 유도하여야 할 방향성을 설정한 다음, 그에 맞춰 정책을 입안하고 형성함에 있어 어떠한 도구 내지 수단으로 이를 관철할 것인가를 채택할 수 있게

하는 것이다. 즉 이것은 ‘당위적으로 존재하는 규범의 틀에서의 현실해석’이 아니라 ‘있는 현실에 대한 인정과 그것의 개선방향을 정립’하는 것이다.

아울러 법정정책학은 통합학문으로서의 성격을 가지므로 학문적인 접근방법도 기존의 학문과는 다른 접근방법으로서 학제간 접근방법(the interdisciplinary approach)과 다학문적 접근방법(the multidisciplinary approach)이 이루어진다. 산업화된 사회에서 표출되는 갖가지 문제가 너무 복잡하고 다양하여 어느 한 분야에 의존하여 해결하기에는 그 한계가 노정되기 때문에 취해지는 연구방법론이라 할 것이다.

본 논문이 보건의료법체계에 대해 법정정책학적인 고찰방식을 사용하므로, 종래의 보건의료를 둘러싼 이론적인 논의를 법정정책학이란 테제 하에 포괄하고, 이를 다양한 사회내의 이익갈등이 입법과정에서 해결되는 최고의 지향점이자, 가장 중요한 정책목표이고 나아가 정책설계의 기본 모델로 삼고자 한다. 따라서 최근에 논의되는 법정정책 내지 법정정책학에 대한 본질적인 접근을 하고자 한다.

더욱이 법정정책학적 연구에서는 보건의료법체계상 국법질서의 기반을 제공하는 법규범인 헌법이 보건의료에 관한 국가이념과 철학을 어떻게 수렴하였는지를 고찰하여야 한다. 아울러 사회내의 법정정책적인 결정과정의 함의를 연구하게 된다. 물론 이러한 헌법적인 함의를 구체화하는 개별 보건의료법제에서도 개별 법정정책적인 시각에서 접근하는 것이 필요하다.

또한 각 나라에 대한 비교법적 연구가 필요하다. 여러 나라의 보건의료법 체계에 대해 통일적인 시각을 제시함으로써 우리나라와 비교를 하고, 적절한 다수의 대안을 찾을 수 있기 때문이다.

II. 법정정책학적 접근을 통한 문제해결

1. 보건의료법체계의 접근방향

다른 모든 법분야의 인식과 대응방안을 모색함에 있어서도 나타나는 것이긴 하지만, 보건의료법체계를 제대로 인식하고 대안을 제시할 수 있는 기본적인 접근자세는 법해석·적용학(jurisprudence)에 기반한다는 점이다. 특히 법해석학은 모든 법학의 논의에 있어 기본적인 출발점이며 실용법학의 최고의 자리를 차지하고 있다. 법학의 전통적인 해석방법으로 문리적 해석, 논리적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 연혁적·역사적 해석 등이 제시되고 있다. 통상적으로 이러한 해석과정을 통해 문제점을 적출하고 해당 법분야의 대안을 탐색함이 일반적인 모습이다. 이는 보건의료법분야에서도 예외가 아니다.

통상적으로 이론법학의 유형으로 제시되는 법철학, 법사학, 법비교학, 법사회학 등도 궁극적으로는 실용법학, 특히 법해석학에 종사할 의도로 활용되고 한다. 물론 이들 이론법학은 실용법학의 또 다른 축으로 주목받는 법정정책학에도 많은 시사점을 제공한다. 법정정책학은 법해석학에서 나타나는 단편적인 문제해결의 범주를 넘어서는 최고의 지향점이라 할 수 있고, 이는 보건의료법체계에서도 간과해서는 안되는 중요한 목표라 하겠다.

현재 우리나라 보건의료법은 그 체계에 있어 수많은 쟁점적 현안을 배태하고 있다. 전통적인 법해석학적인 접근방법이나 단편적이거나 개별적인 이론법학적 접근방법만을 가지고는 이러한 현안에 대한 최적의 대안을 찾기 어렵다. 이를 달리 표현하면 총체적이고 다양한 접근방법을 통해 적정한 진단과 처방책을 찾아야 하고, 그 처방이 우리가 갖추고 있는 현실여건에서 최적의 제도설계로 기능할 것인지 판단하고 평가해야만 함을 의미한다. 이를 관찰할 수 있는 바람직한 방안이 바로 연구대상에 대한 법정정책학적인 접근이라 하겠다.

법정정책학이 이와 같이 이상적인 연구모형임에도 불구하고 우리나라에서는 법정정책 내지 법정정책학이라는 학문적 영역 그 자체에 대한 연구조차도 일천한 실정이다. 그런 점에서 법정정책학이 보건의료법에 관한 제도설계나 대안제시

를 이끌어내는 과정을 법사회학과 연결하여 연구할 필요성이 대단히 크다고 본다.

보건의료법체계를 법정정책학적인 시각에서 접근하여 현상을 분석하고 정책 대안을 도출하는 것이 본 논문에서 있어 최종적인 목표에 해당된다. 그 목표를 달성하기 전 단계의 다양한 작업이 이루어지지 않으면 안 된다. 여기에는 앞서 언급한 이론법학, 즉 법철학, 법사학, 법비교학, 법사회학 등의 접근방법이 동원되어야 한다.

보건의료체계 내지 그 법체계에 대한 법사회학적인 접근에 관해서는 이미 다양한 형태로 이루어지고 있음을 본다. 법사실연구나 경험적 법연구가 단순히 현상의 진단으로 그쳐서는 안 되고 다양한 대안이 제시된 다음에 각각의 대안이 지닌 효과성이라는 가치에 관해서도 분석되어야 한다는 시각에서 볼 때, 법사회학적인 접근도 연구의 단계에 있어 후순위를 차지할 수밖에 없다.¹⁾

보건의료법의 체계에 대해 국법 질서 차원의 기반을 제공하는 법규범은 바로 헌법이다. 헌법은 각 국가의 이념과 철학을 집적해놓았다는 입장을 감안한다면, 법철학적인 접근을 보건의료법체계에 대한 헌법적 근거 추적으로 대체할 수도 있을 것이다.

학문의 요구에 있어 상대적으로 수월하면서도 소홀히 해서는 안되는 부분이 법비교학적인 접근이라 하겠다. 미국, 영국, 독일 및 일본의 보건의료법 체계에 대해 통일적인 시각에서 분석함으로써 우리나라 체계와 비교할 수 있음은 물론이고, 적절한 다수의 대안을 찾아낼 수도 있을 것이다. 물론 제도는 법전 속에서만 분석해내서는 안 된다. 그 나라의 고유한 문화와 전통 속에서 보건의료법체계도 숨 쉬고 있음을 주목해야만 하겠다.

1) 법사회학이 법현상에 대한 경험과학적 분석을 중심으로 하고 그에 대한 해결책이나 처방은 부수적인 것으로 취급함에 대하여 법정정책학은 그러한 분석을 이용하여, 거기에서 더 나아가 해결책을 모색하고 처방을 내린다는 면에서 법사회학의 영역을 뛰어 넘는다(김성필, “법정정책학의 개념과 학문적 영역”, 『법과 정책연구』, 창간호, 2001.12., 제19면). 즉 다양한 대안들의 효과성, 즉 가능한 성취달성도를 도출하여야 가장 효과적인 처방을 선택할 수 있다는 점에서 법정정책학에는 법사회학적 이상의 노력이 필요하다.

결국 법정정책학적 연구는 위의 여러 요소를 반영할 수 있도록 여러 단계를 거치게 된다. 첫째 법제도 제재별 비교대상을 목록화하게 될 것이다. 둘째 이들을 한국적 상황과 비교하여야 할 것이며, 셋째 비교된 정책대안을 바탕으로 법사실연구나 경험적인 법연구를 하여야 할 것이다. 넷째는 이러한 연구의 결과를 반영하여 바람직한 정책안을 채택하여야 할 것이다. 다섯째 이러한 정책안의 관철단계이다. 흔히 입법과정을 통해 구체화될 것이다. 이러한 과정에서 이해관계를 조정하는 과정을 거치는 것이 중요하다. 마지막으로 이러한 내용을 시행할뿐더러 사회에 대한 영향을 면밀히 피드백하여야 할 것이다.

그러나 시간상의 문제 및 법정정책학적 연구의 학문적 논의의 미흡성 등의 사유로 이 논문만으로는 위에 언급한 전반적인 사항을 이끌어내지는 못한다. 그저 법정정책학이 보건의료법체계의 연구에 기여하는 과정을 소개하고, 보건의료법의 헌법적인 기반을 제시하며, 세계 각국의 체계를 법비교학적인 시각에서 제공하는 것으로나마 일차적인 목적을 달성하고자 한다.

2. 보건의료법체계에의 법정정책학적 기여

보건의료법체계는 보건의료정책을 반영한 산물이고, 그 정책 역시 법정정책의 부분정책이다. 모든 정책은 궁극적으로는 법정정책으로 귀결될 수밖에 없다.²⁾

종래 법정정책은 지금까지 사회과학적인 분석의 대상에서 일반적으로 배제되었다. 법학을 비롯한 사회과학이 법정정책에 무관심했던 것은 첫째 정책과 법사이에서의 경계분야에 관해 ‘특별한 학문적 체계성’을 결여했기 때문이며³⁾ 둘째 민주적 법치국가의 원리의 적용이 용의치 않았기 때문이다. 정책은 궁극적으로 법의 형태로 실현된다.⁴⁾ 이 때 법적인 조정과정을 거치지 않으면 안 됨

2) 이는 법치주의를 지향하는 국가체제에서는 일반적인 현상이고, 정책을 법적인 형태로 조정(Steuerung)한 것임을 의미한다.

3) 이외에도 다양한 측면이 있다(Voigt, Rüdiger, 1989).

4) 보건의료정책과 법의 관계를 Stempel이 전개한 정책에서 법이 지닌 의미로 정립할 수도

에도, 법은 힘을 코드화함으로써 다른 사회체계와 또는 그런 체계들 사이에서 교류과정을 규율해야 하는데, 이를 위해 민주적 법치국가의 원리가 적용되어야 할 것이나 이것이 쉽지만은 않음을 의미한다.

보건의료정책을 둘러싼 각종 현상을 법사회학적으로 분석해야 하고, 그 성과를 법정책의 체계에 반영하여야 할 것이다. 법사회학은 현상에 대한 정확한 진단을 기본적인 대상으로 하는데 비해 법정책 내지 법정정책은 그러한 진단을 바탕으로 적정한 처방을 지향한다. 이러한 보건의료법정책은 첫째 보건의료분야 활동가나 행위 또는 목표 등을 중심으로 개념을 정립하려고 시도하거나 둘째 법정책의 이용관련성을 기초로 ‘헌법적 조형’, ‘법의 조형’ 및 사회의 조형을 파악하는 쪽으로의 지향성을 보인다. 이용관련성을 법정책의 주요한 측면으로 끌어들이 정립함을 의미한다. 법정책은 정책의 일부이며, 법의 정책적인 측면과 관련되기도 한다. 이런 측면이 어떤 특징을 지니는가를 살피으로써 동시에 이용관련성에도 답을 줄 수 있게 된다.

법정정책학이 지닌 가장 특징적인 면을 지적한다면, 법정정책학은 통합학문으로서의 성격을 지닌다는 점이다.⁵⁾ 분명 ‘법정책의 선도적인 역할’은 법학적인 전망과 사회과학적인 전망을 통합하는데 초점이 맞춰져야 한다는 점이다. 다만 사회과학적인 논거가 무엇보다도 먼저 법률안의 명료한 이해보다는 법정정책적인 작용의 정당성과 관련해서 훨씬 더 그 필요성을 느끼는 듯하다.

법을 연구대상으로 할 때, 법의 정책적인 기능과 법의 정책적인 차원에 관해 논의할 수 있다. 중요시해야 할 것이 법의 조정능력 문제이다. 그런데 주제영역과 관련해서 속성상 의사형성에 권위를 부여하지 않는 법사회학은 쉽사리

있다. 법은 보건의료정책의 목표이다. 이에 해당하는 법은 궁극적으로 헌법상 보장된 국민의 기본권, 국가목표규정이나 입법위임규정이라 할 수 있다. 다음, 보건의료정책의 수단으로서의 법은 그 정책을 관철하는 수단으로서 예산이나 행정과 동등한 역할을 수행하게 된다. 그에 이어 정책의 산물로서의 법은 보건의료정책에 대한 합의를 반영한 게 적 상태를 의미할 것이다. 마지막으로 정책을 위한 사실로서의 법은 이 연구에서 전제로 깔고 있으며 검토 내지 개선대상으로 삼고 있는 현행 보건의료법체계를 그 예로 들 수 있다 (Stempel, Dieter, 1987:12-18; 변무용 역, 2001: 369).

5) 이에 관한 상세한 내용은 Voigt., Rüdiger. "Recht - Spielball der Politik? Rechtspolitikologie im Zeichen der Globalisierung", 4. Aufl., Baden-Baden, 2000. S. 77ff를 참조할 것.

학문적인 틀 밖으로 배제될 수밖에 없을 것이다.⁶⁾ 그 다음에 그 자리를 법정 정책학이 차지하게 된다. 그렇지만 법사회학이 의사형성의 기초자료를 제공하는 역할을 담당한다는 점을 간과해서는 안 된다.

법의 조정능력문제는 한편으로는 법사회학적인 문제, 즉 사회에 미치는 법규범의 효력이라는 근본적인 문제에 관한 것이기도 하고, 다른 한편으로는 정치학적으로 관심을 끄는 문제인데, 국가가 이런 맥락에서 어떻게 유지되고 있는가 하는 점이다. 규범의 출현, 규범의 적용 및 규범의 관철 등이 여기서 논의된다.

법정책학을 통해서 우리가 기여를 받아야하는 점은 첫째 관련분야의 현상을 인식하고 문제점을 적출한 바로 그 지점을 인식하는데 있다. 바로 그 지점이 우리들이 새롭게 논의를 진전시켜야 할 출발점이다. 물론 바로 이 부분에서 법사회학, 법사실연구 및 경험적인 법연구 등의 도움을 받아야 한다. 필요에 따라서는 다른 사회과학이나 자연과학이 이루어놓은 학문적 성과를 원용하지 않으면 안 된다. 바로 그 지점에서 현황과 문제점을 직시하고, 그를 규율할 가장 바람직한 정책대안을 모색하며, 이를 입법이라는 틀 속에 체계화하여 용해시킬 수 있게 된다. 물론 입법작용이 유일한 대안은 아니다. 각종 행정작용이나 사법작용 등도 유용할 수 있음을 인정해야 한다.

다음으로는 법정책학의 중요한 점은 법적 조정역할이다. 사회의 부분정책을 법정책으로 반영하고 또 법적으로 조정해야 함은 보건의료정책에서도 피할 수 없는 과제이다. 어떠한 체계를 분석하기 위해서는 국가나 사회생활에서 나타나는 다양한 현상에 관해 사회과학적인 시각에서 유도해야 할 방향성을

6) 법사회학을 법제정이나 법해석과 같은 법 실천, 그 중에서도 특히 입법을 위한 법정책(legal policy)의 도구로서 파악하는 주류적 입장이나 입법이나 해석학과 같은 법정책에 대해 수단으로 법사회학을 파악하는 순수이론과학의 입장의 어느 견해이든 현실에서 사실이 어떤 것인지를 파악하는 것을 기본으로 한다. 이에 비해 법정책학은 규범적 접근을 하는데, 법사회학의 경험적이고 실증적인 접근방법에 의해 현실에서 사실이 어떤 것인지를 파악하는 것에서 더 나아가 무엇이 옳고 그른지, 즉 규범을 연구대상으로 한다. 이는 바람직한 가치가 무엇인지를 판단하는 규범판단적 접근이고 당위에 관한 연구이기에 의사형성에 권위를 부여하게 된다(노기호, “법정책학의 개념정립을 위한 시론적 고찰”, 『법과 정책연구』, 창간호, 한국법정책학회, 2001.12., 제50~53면 참조).

설정한 다음, 그에 맞춰 정책을 입안하고 형성함에 있어 어떠한 도구 내지 수단으로 이를 관철할 것인가를 채택할 수 있게 된다. ‘당위적으로 존재하는 규범의 틀에서의 현실해석’이 아니라 ‘있는 현실에 대한 인정과 그것의 개선방향을 정립’하는 것이다.

보건의료정책에서 채택될 구체적인 여러 가지 도구들이 보건의료체계의 참여자들에게 공론적인 합의를 이끌 수 있는 방안에 해당되는지에 대한 판단 역시 법정정책적으로 숙고함이 없이 그대로 제도설계의 대상에 포함되어서는 안 된다.

III. 보건의료법체계에 대한 헌법적 기반

보건의료법체계에 대한 헌법적 고찰은 먼저 보건의료분야에서의 기본적인 자원과 서비스의 배분문제를 다루게 된다. 이러한 자원문제는 처음부터 희소하므로, 이는 시장의 자율이 아닌 국가에 의한 배분문제가 헌법적으로 논의될 것이기 때문이다. 따라서 건강한 사회를 위한 국가정책적 목적의 실현을 위해 국가의 보건의료자원의 배분을 둘러싼 규제에 대한 헌법적 정당성이 논의된다.

또한 헌법에 따르면 보건의료부문에서는 국가의 사회국가원리 구현의 정책방향과 사적 부문 예컨대 의사의 직업의 자유에 관한 기본권 또는 재산권을 중심으로 논의된다. 한편 보건의료분야의 집단갈등은 입법부 및 행정부 등 국가기관 중 담당자, 그리고 중립적인 학계 등 전문가, 이해당사자 및 시민단체 등 각 집단의 대표로 법정정책의 형성과정에서 간여하게 된다. 물론 이러한 헌법적인 논의는 구체적으로 개별사안에서는 개별 법제도에 의하여 구체화되어진다.

한 나라의 보건의료체계에 그 나라의 국가와 사회체제 내에 형성된 공감대적인 가치를 찾고자 헌법적 고찰을 하였다. 보건의료 부문은 사회국가적 영역으로서 법률이라는 규범과 더불어서 경제적 및 사회적 제 현실이라는 사실이 상호작용을 하여 결정되는 장이다. 그런데 헌법의 규범적 내용의 반영정도를

평가하는 척도는 사회국가적 원리의 영역에 속할 것이므로 현실적 각종 지표
를 감안하여 규모나 정도를 채택할 수밖에 없어, 제 지표에 대하여 소극적 방
향에서 한계가 설정될 수밖에 없을 것이다.

보건의료 문제는 자유권적 기본권과 달리 기본적으로 재원이 필요한 영역
의 것이다. 문제는 보건의료 분야의 지출액이 적지 않다는 것이다. 그렇다면
논쟁의 초점은 현재의 이해관계의 대립에 관심을 집중하기보다는 장래 어떻
게 하면 합리적으로 설득력있게 보건의료비의 총액을 늘려나가며 적정영역에
나누어 쓸 것인가 하는 데 맞추어 나가야 할 것이다.

우선 보건의료 조치를 총량적으로 배분한다는 주제가 제기된다. 이 배분이
라는 개념은 독특하다. 대가를 지급하든지 아니 하든지 상관없고 본래 충분하
지 아니한 급여를 일정한 규범적 배분기준에 따라 나눈다는 뜻이고 다만 자의
적인 것은 당연히 이에 속하지 아니한다. 그래도 배분은 시장을 전제로 한다.
다시 말해서 단순히 사회국가적 성격만을 강행할 수는 없으며, 그렇다고 재산
권을 비롯한 자유권적 기본적의 성격만 주장할 수도 없다.

이 배분과 시장의 긴장관계는 배분 자체에도 그 영향력을 미친다. 그에 따라
배분에는 두 가지 단계 곧 간접적 배분과 직접적 배분의 문제가 생긴다. 간접
적 배분의 예로는 공적 부문의 비중을 어느 수준으로 잡을 것인지, 체계 내
서 어떻게 그 자원을 배분할 것인지 따위를 들 수 있다. 여하튼 의료급여가 필
요하다고 할 수요에 공급이 미치지 못할 경우 불충분 사태가 발생한다. 직접적
배분은 수요를 조정하는 식으로 행하기도 한다. 이 경우 의료급여가 필요하
고 해도 일정한 조건을 갖추어야 조치를 취한다(상태-조치-부응). 대개 일
반적 형태를 취하고 그에 따라 일반적으로 그 의료급여를 배제한다는 효과로
나타난다. 다른 형태의 예로는 의사에 대한 수가를 예산으로 동결하는 경우를
들 수 있다.

간접적 배분에 관한 헌법적 한계를 살펴보면, 가용자원 배분에 관한 계획을
작성한다고 지적하는데, 그 전제에는 이미 보건의료 체계상 주민의 보건의료
적 수요를 모두 충족할 수는 없다는 사실이 깔려있다.⁷⁾ 보건의료 체계의 전체

적 규모를 어떻게 설정할 것인지 각개 부분영역을 어떤 비율로 구성할 것인지 따위의 문제는 원칙적으로 정치적 재량의 범위에 속한다. 이러한 사회적 목표를 설정하기 위해서는 일정한 평가를 행해야 하는데 입법자는 이에 관하여 상당한 범위의 결정여지를 지닌다고 하겠다. 그리고 헌법적 기속이 있다고 하나 어떤 경우이든 입법자에게 광범위한 활동영역을 허용하는 것이다.⁸⁾ 이는 보건의료 체계의 전체적 규모에 관한 것뿐만 아니라, 각개 영역에 채택할 개별적 수단에 관한 것에도 미친다.

그리고 직접적 배분에 대한 헌법적 한계에 관하여 살펴본다. 배분하는 측 곧 공급 측의 배분에 헌법상 우월한 지위를 인정하라는 요구도 드세다. 이와 관련해서 입법자로서는 그 내용에 관하여 일반적 규정을 둘 수 있다. 그에 따르면 특정한 상황에 해당될 경우 의료적 급여를 청구할 수 없는데 그렇다고 헌법상 모종의 장애가 반드시 발생하는 것은 결코 아니다.

보건의료자원의 배분과 관련하여 자원의 부족사태는 언제나 일어날 수 있다. 다만 그에 대한 대책으로서 총체적 배분 역시 그 유형을 분류하여 각 유형 내지 영역에 관하여 헌법적으로 평가하고, 그 원리를 확보해서 적용한다. 간접적 배분은 개인에 대하여 원칙적으로 직접 영향을 미치지 아니하므로 정책적 성격이 강하고 그에 따라 입법자에게 부여하는 헌법적 판단의 여지도 폭넓게 열려 있다. 반면에 직접적 배분은 의료급여 제공자인 의사 및 약국, 도매상, 제약회사 등과 그 수요자인 환자를 각각 구별해야 할 것이다. 시장가격이 항상 기준으로 작용하게 하면서 연대의 논리가 가동되도록 항상 유의해야 한다. 우선 위와 같이 헌법적 차원에서 실질적 내용의 원칙을 더욱 구체화해야 하며,

7) 가용자원 배분 계획에 관한 일반적 문헌으로는, H. Rebscher, "Rationalisierung und Rationierung aus Sicht der Krankenversicherung", In E. Nagel. 1998./ Fuchs, Chr.(Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, Stuttgart, New York, S. 38 f.이 있다.

8) 독일의 경우 연방공화국으로서 입헌국가이므로 공적 재원을 보건의료 부문 중 어떤 부분에 투여할 것인지 또는 어떤 부분에 연계시킬 것인지 따위에 관해서는 최우선적으로 입법자가 결정해야 한다. 많은 나라들도 입헌국가로서 입헌주의 또는 헌법주의를 바탕으로 하여 운용되는 국가로서 이에 따르게 된다.

만약 그 가능성이 보이지 않을 경우라면, 그 대신 법률적 구현을 가능하도록 할 형식적 또는 절차적 내용의 규제를 강구해야 할 것이다. 정치적 세력이 체계상 최종적 최고 수준의 책임을 진다고 하지만, 각 집단이 정치세력을 매개로 자신의 구체적인 이해관계를 전국가적 또는 전사회적 차원의 경향에 띄워 해결하는 것이 정당하리라는 당연한 결론을 얻는다. 의사단체가 자신의 구체적 이해관계에 대하여 전국가적, 전사회적 차원의 뒷받침을 받는 것이 중요함을 의미한다할 것이다.

헌법에 따르면 보건의료 부문에서 국가의 사회국가 원리 구현의 정책방향과 사적 부문 예컨대 의사의 직업의 자유에 관한 기본권 또는 재산권의 주장이 대립하게 될 수도 있다. 의사의 직업권은 기득권과 신뢰보호의 차원에서 존중되어야 하나 보건의료체계가 입법자의 형성으로 구축되는 것임을 알아야 할 것이다. 다시 말하자면 사회국가적 차원에서 추구해야 할 공익의 정도가 높으면, 그로 인한 입법자의 제한 내지 형성은 의사 개인의 자유권적 기본권인 직업자유나 재산권 자유에 대하여 우월한 지위를 지닐 가능성이 열려 있다는 것이다. 건강보험체계에의 강제편입이나 건강보험수가에 대한 통제 등에 대해 의료인이 종종 강한 반대의견을 표출하고 있으나 이들에 대해서 판결을 통해서도 공익의 정도가 높은 것으로 인정됨을 볼 수 있다.

결국 보건의료 분야에서 정책적 차원의 어떤 결정을 내려야 할 때, 위의 논의는 그 세부원칙이나 기준으로 구체화될 것이다. 다만 그 세부원칙이나 기준을 설정하는 데 일반적으로 유의해야 할 사항을 몇 가지 거론할 수 있다. 첫째 시간대를 활용하는 협상이다. 오늘날 시점에서 보면 이해관계 당사자가 서로 대립되는 위치를 점하고 있다. 하지만 미래의 일정 시점을 기준으로 삼아 관찰하면, 현재의 어떤 문제를 극복하고자 대립되는 쟁점을 포함하되, 극단적이지 아닌 절충적 내용을 구현할 수 있다. 둘째 실질적 측면이 아니라, 상대적 또는 잠정적 해결기준 그리고 관련주체를 조직하고 절차를 마련한다는 따위의 형식적 측면으로 접근하는 방식을 들 수 있다. 그리고 이렇게 현실과 미래를 연계시키는 작업에서는, 당장 실현해야 할 실질적 목표를 미래에 투사한다는 실질

적 측면도 문제지만, 그밖에도 누가 그 실질적 목표를 설정하고 실천에 옮길 것인지, 도대체 어떤 기준에 비추어 어느 정도의 속도로 이를 실현해 나갈 것인지 하는 따위와 같은 설정기준, 결정주체, 결정절차 따위 역시 긴급한 문제로 등장한다. 입법부 및 행정부 등 국가기관 중 담당자, 그리고 중립적인 학계 등 전문가 위원회, 이해관계 당사자인 협회 및 시민단체 등 각 집단의 대표로 이루어진 위원회가 지금까지 해 왔던 바와 같이 계속 노력해 나갈 것이다. 실질적 성과 못지않게, 문제를 해결할 주체를 어떻게 형성할 것인가 하는 그 방식, 문제를 판단할 기본적인 척도 등을 확립한다는 따위의 과제 역시 중요하다라는 점을 또 다시 강조한다.

IV. 보건의료법체계의 비교법적 고찰

각국은 다양한 형태의 의료체계를 갖는데 이러한 상이성은 각국의 역사, 문화 및 정치적 특성을 반영한 법제와 법정책으로 발전하고 있다. 법정정책적인 패러다임으로서는 주로 의료서비스시장을 중심으로 발생하는 시장의 독점과 경쟁을 중심으로 개별 보건의료법제에서 나타날 수 있는 법정책의 스펙트럼을 종합하여 고찰한다.

1. 보건의료법의 정의와 체계

보건의료법에 대한 사회적 관심은 비교적 광범위하고 또 오랜 역사를 갖고 있다. 보건의료를 통합하는 기본법의 존재여부는 프랑스 외에는 개별 국가들은 역사적 경험에서 개별법의 형태로 운영한다. 다만 보건의료법은 전통적인 의료인과 환자만의 관계인 의사법을 넘어 보건의료산업 및 보건의료서비스 관리 등의 문제까지 포괄한다.

미국의 경우 비록 법에서 독립된 분야로 의료법(medical law)이 구분되어진 것은 얼마 되지 않았지만 학문적 분야로서 의료법이 존재한 것은 오래된 일

이다. 전통적으로 의료법은 의료과실에 대한 법적 문제와 법의학의 문제들을 그 주제로 하여왔으나, 오늘날에는 보건의료산업 및 의료법적 문제들을 포괄하는 분야로서 확대된다. 일본의 보건의료법의 경우는 우리나라와 유사한 체계를 갖추고 있다. 특히 의료인력에 대한 법적 규율의 법체계와 관련해서 개별법에 의하고 있는 점이 특징적이다. 독일의 보건의료법은 보건의료체계와 의료체계에 관한 법으로서 보건법과 의료법으로 구분된다. 한편 광의의 건강법은 의료법, 의료직업 및 의사법, 사회적 보장법, 안전 및 생산법, 생산책임 및 서비스책임법, 질서법, 연구기술법, 환자보호법 등으로 구성되며, 보건의료경제적 시스템에 관한 법이라는 전제하에서는 경제행정법과 경제사법도 고려한다. 의료법은 직접적 또는 간접적으로 치료지식의 수행에 관련되는 법적인 규율의 총체로서, 의사법외에 의약품법, 의료장비법, 수혈법으로 구성된다. 영국의 의료법은 의사와 환자간의 의료시술을 중심적 내용으로 한 법규인데 반해 보건의료법은 이보다 광범위하여 의료시술에 관한 것뿐만 아니라 비의료인 및 보건의료서비스의 관리 및 공중보건유지상의 법의 역할 등을 포괄하게 된다.

2. 의료인에 대한 규율

의료인에 대한 법정책은 미국의 자율규제주의와 유럽의 환자의 기본권이 중심인 법률상 규제주의로 나뉜다. 의사법은 직업수행자로서의 주관적인 권리 외에도 객관법도 있고, 이를 의료단체가 지원한다. 한편 새로운 법정책적인 분석의 틀로서는 환자를 위한 의료법이 있다.

의료시장은 의료서비스의 독점과 경쟁이 문제된다. 물론 독점은 새로운 의료기술자들에게 진입장벽으로 사용된다. 또 독점문제는 의료인의 범위 인정 문제와도 연관되어 나라별로 법정책의 스펙트럼이 다양하다. 의료교육은 의사를 중심으로 정규대학과 일반 직업학교로 운영된다. 미국은 정부와 민간의 자격/면허기구 등에 의한 전문의제도로 발전한다. 일본은 국가고시를 통해 면허를 취득하고 전문의제도와 병행하여 학위제도가 있다. 독일은 법과 의사협

회에 의하여 재교육 등의 의료품질 유지와 각종 의료관련 의무들이 자치행정으로 규율된다.

한편 의료법의 객관적인 법정책 기능은 나라별 법정책에 따라 의료단체가 의사의 권리옹호 외에도, 자격인정, 의료서비스의 질적 수준 유지, 각종 의료관련 의무이행, 징계 등으로 사회적 기능을 수행한다. 특히 의사협회는 독자적인 행정조직으로서 공적 기능을 수행하며, 직업규칙으로 의료윤리를 확립한다. 의료행위는 대표적인 피해자의 승낙에 의한 신체침해행위로서 정당성 확보를 위하여 각국의 법제와 법정책은 사전 설명의무로서 정당화시키나, 구체적인 규범정도는 해당 국가의 법정책에 맡겨져 있다. 의료인의 책임문제 역시 법정책에 따라서는 의료기술의 표준을 정하거나, 사전설명 의무와 관련하여 의료과실 여부를 판단하여 책임을 묻기도 한다. 나아가 일부국가에서는 응급 의료제도를 의사의 직업윤리로 까지 확산시키고 있다.

3. 의료보험법체계

의료보험제도는 보건의료법을 국가와 국민, 의료인의 3면관계로서 사회국가원칙에 따라 횡으로 재단한다. 미국은 의료재정에 대한 민간부담이 원칙이고,⁹⁾ 독일 등은 국가의 공보험을 중심으로 엄격한 사회보험체제로 운영된다. 중간이 일본과 우리나라의 의료보장체제로 사회보험방식이다. 한편 독일의 의료보험시스템은 재정난에 따라 개혁되고 있다. 따라서 낮은 보험료에 높은 보험서비스를 위하여 의료보험과 의사와의 관계는 포괄수가제, 총수가제, 조합

9) 미국은 사회현대의 원리가 적용되지 않는 나라라는 비난과 국내적 반성에 의해 오바마 행정부가 최근에 환자보호 및 의료비용합리화법(the Patient Protection and Affordable Care Act: 국내에서는 오바마케어(Obama Care)라는 별칭으로 널리 알려져 있다)를 제정하였다. 이 법률은 보조금의 지급을 통한 의료비용의 합리화와 함께 고용주와 국민들에 대하여 보험가입을 의무화하고(Individual Mandate) 그러한 보험가입의무를 해태할 경우 과세절차에 따라 과징금(Penalty)을 부과하는 등의 사항을 주요내용으로 하고 있다. 그러나 위 제도 역시 연방빈곤선(Federal Poverty Level) 기준 130~400%에 있는 근로계층에 대해서 사적 보험의 가입을 의무화하고 있을 뿐이므로 공적 보험이라고 볼 수는 없다. 이처럼 미국은 시장자율에 기초한 의료제도를 유지하고 있으므로 대부분의 의료 관련 결정은 의료소비자, 의료기관 및 보험회사에 맡겨져 있고 국가가 개입하지 아니하는 구조이다.

의사제, 약품의 포지티브리스트 등을 통해 의사의 과잉진료와 의료서비스의 품질향상, 의료보험료의 과다 청구 등의 제도적인 장치를 하고 있다.

바람직한 의료보험체계는 각 나라의 사정에 따라 다르므로 획일적인 기준을 정할 수는 없다. 다만 의료인도 의료보험체계 내의 협상주체로서의 중요한 지위를 갖지만, 자원분배에서는 다른 당사자들과의 협상이 이루어져야 한다.

4. 의료분야에 대한 규율의 방향

보건의료는 속성상 자율적이어야 하나 국가목적의 규율도 불가피하므로, 자율과 규제의 양측의 다양한 법정정책적인 스펙트럼 내에서 적절한 규제가 이루어져야 한다. 물론 나라에 따라서는 역사와 문화, 경제수준 등에 따라 법정정책적으로 정해진다. 미국은 자유주의적 시장경제에 따른 의료체계와 의료보험체계를 가진다. 따라서 의료발달이 촉진되어 첨단의료의 혜택을 받고 의료인의 자율성이 극대화되는 장점과 과다한 의료비와 의료가 보험회사에 의하여 지배되는 단점이 있다. 영국은 국가에 의하여 중앙화된 의료제공형태인 NHS제도가 국가규제뿐만이 아니라 의료인의 자율성을 인정한다. 따라서 여러 나라의 다양한 제도와 법정책의 검토를 통해 우리나라에 바람직한 규율의 정도나 방향이 정해져야 한다.

의료행위는 기본적으로는 의료전문가의 자율성을 최대한 보장하면서 환자의 건강을 증진시키는 방향으로 나가야 한다. 그러나 사회적 약자에 대한 의료혜택은 보장되어야 하며, 의료전문가들의 자율적 규제가 신뢰될 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 물론 의료의 공공성과 의료인의 자율성은 그 나라의 의료적 전통 및 의료에 대한 사회적 가치관에 의하여 결정되어야 한다.

또한 보건의료체계의 구축에서 일본의 의료정책 수립과정에서의 타협과 조정, 무조건적인 강제보다는 인센티브를 통한 협조, 단계적 점진적 행정의 추진 등이 필요하다.

V. 보건의료법제의 법정정책학적인 검토

법정정책학적인 검토를 위해서는 특히 우리 보건의료법과 법제도를 중심으로 하여 이에 나타나는 법정정책을 위의 법정정책학적인 시각에서 구체적이고 개별적으로 분석해야 할 것이다. 물론 보건의료분야에서 법정정책(Rechtspolitik)이 어떻게 운영되어가고, 이러한 법정정책이 어떻게 제도적으로 법화(Verrechtlichung)되어 가는지, 그리고 입법론적으로는 어떻게 개선(Änderung)되어야 하는지를 외국의 법제도와 비교법학적인 시각으로 포괄하여 법정정책학적으로 분석해야 할 것이다.

이를 위한 주된 논의대상은 다양한 내용을 갖고 있다. 다양한 논의 대상의 내용들은 첫째 보건의료의 법정정책, 의사법, 환자를 위한 의료법 등을 살피게 되는 보건의료법체계, 둘째 치료의 자유, 치료독점 및 의료인의 자격과 의료교육 등의 의료인 문제, 셋째 의료인의 자율규제와 의료윤리의 관리 등과 관계된 의료직역단체¹⁰⁾ 넷째 환자의 신체에 대한 침해성과 관련된 의료행위¹¹⁾¹²⁾¹³⁾와 설명의무¹⁴⁾¹⁵⁾에 대한 논의 다섯째 의료기관의 종류, 운영주체, 설립의 자유

10) 우리 「의료법」은 의료직역단체인 의사회, 치과의사회, 한의사회, 조산사회, 간호사회를 두고, 그 설립을 강제하며, 해산의 자유가 없다. 그리고 이것은 민법상의 법인으로 보고 있다. 아울러 이러한 단체에는 의료인의 가입이 강제되며, 보수교육 등이 실시된다. 독일 법에 있어서는 전통적으로 의료인은 역사적으로 직업을 중심으로 하는 자치행정으로 수행되어 왔다. 즉 지역을 중심으로 하는 자치행정인 지방자치와 마찬가지로 사람을 중심으로 하는 인적 자치행정(Selbstverwaltung)으로서 일종의 협회행정(Kammerverwaltung)으로 발전하여 왔다. 문제는 이러한 의료직역단체의 입부와 그 행태이다. 의료직역단체는 간접행정으로서 공공임무를 수행하는 행정으로서의 공공주체성을 갖고 있음에도 아직 충분히 합리적인 이성이 자리 잡지 못한 제도로서 운영됨으로서, 공적인 요소가 부족하다고 볼 수 있다(대한의사협회 의료정책연구소, “현행 보건의료법체계의 법정정책학적 연구”, 『연구보고서』, 2004.12. 제226~227면).

11) 문국진, “치료의 과학성과 합법성”, 『한법의지』, 제11권 제1호, 제4면.

12) 조형원, “의료분쟁과 피해자구제에 관한 연구”, 『한양대학교 대학원 박사학위논문』, 1994. 6. 제108~110면.

13) Jonathan Montgomery, Health Care Law, 2nd ed., 2003.

14) 한국의료법학회, 『보건의료법학』, 동림사, 2002, 제121면.

15) 이러한 지적으로는 이상돈, “보건의료영역의 법정정책”, 『법제연구』, 통권 제22호, 2002.6, 제162면.

등의 의료기관에 대한 논의 다섯째 재원부담방식, 보험가입자의 자격, 의료보험관리주체의 독점성, 의료기관감사제도, 건강보험카드제, 본인부담금, 보험진료비지불제도 등의 의료보험제도¹⁶⁾¹⁷⁾ 기타문제로 국민건강증진과 담배사업규제¹⁸⁾¹⁹⁾ 혹은 영리의료법인에 대한 논의²⁰⁾²¹⁾등이 될 것이다.²²⁾

이곳에서는 지면관계상 보건의료법체계에 대한 검토를 바탕으로 의료행위의 주체인 의료인에 대한 문제만을 중심으로 살피고자 한다.

1. 보건의료법체계

가. 보건의료의 법정책과 기본법

일반적으로는 전통적으로 의료법제만이 발전하여 왔고, 의료인 특히 의사법만을 분리하여 보려는 것이 의료인측의 입장이나, 의료가 현대사회에서는 사회보장 특히 의료보험과 밀접하게 연관된다는 점에서는 국가를 매개로 하여 보건법제와 함께 묶어서 보건의료법제로 보려는 것이 최근의 현대국가의 사회국가적인 모습을 반영한 일반적인 입장이다.

이러한 통합적인 법정책을 추진하려는 입장에서 본다면, 통합과 분리의 정책이 고려될 수도 있다. 법정책적으로 보면, 자유주의적 법정책을 고수하는 미국에서는 개인의 기본권보다는 기업이나 시장의 자유를 강하게 강조하므로, 보건의료법제에서도 여전히 자율규제에 맡겨져 있다고 볼 수 있다. 한편으로는 보건医료를 국민의 기본권이라는 측면에서 보고, 국가의 보호의무로서 생

16) 이상광, "국민건강보험법의 문제점", 『인권과 정의』, 제287호, 2000.7, 제73면.

17) 홍완식, "건강보험법제의 현황과 과제", 『법제연구』, 제27호, 제59면.

18) 윤강재 외, 전계 보고서, 제137~143면.

19) 송기민, "최신 보건의료법정책 세미나 I", 『한국학술정보』, 2012.

20) 신중섭, "영리의료법인 도입은 빠를수록 좋다", 『창&론』, 창간호, 한국경제연구원, 2010, 제37면; 한국개발연구원·한국보건산업진흥원, 『투자개방형 의료법인 도입 필요성 연구』, 2009. 12.

21) 임금자 외, 「영리의료법인에 대한 검토와 대안 모색」, 대한의사협회 의료정책연구소, 2010.

22) 대한의사협회 의료정책연구소, 전계 보고서, 제212~241면.

존배려를 강조하는 대륙법제, 특히 독일법제에서는 법률상 규제의 틀에서 보건의료법제를 보고 있다.

한편 통합과 분리의 법정정책적인 고찰이 아닌 독점과 경쟁의 법정정책학에서 본다면, 보건의료의 자율규제는 전적으로 시장의 보이지 않는 손에 위임하는 것으로 보여진다. 그러나 시장이란 이념적인 것이어서 순수하게 시장이 왜곡되지 않는 경우라는 것은 적으므로 역시 국가를 통한 독점과 경쟁의 적절한 배합이 보건의료법제를 유지하는 데 최선책이 될 수 있을 것이다.

이러한 양자의 입장에 서더라도 보건의료법을 통합하는 기본법이 통합법형태로서 존재하느냐의 문제는 별개인 것으로 보여진다. 왜냐하면, 법제라는 것은 우리나라처럼 급속한 계기를 통하여 근대화로 치달은 것이 아니라, 적어도 200년 이상의 역사적 경험을 통하여 축적되어온 보건의료제도들이 법화되었기 때문이다.

한편 보건의료법제를 함께 고찰하거나, 이것이 통합적인 측면에서 고찰하려는 법정정책에 힘입어 대륙법계 국가 중의 일부는 보건의료를 관장하는 기본법을 제정하는 경우가 있다. 이는 프랑스의 보건법전으로서 보건법의 일반보호, 가독과 아동보호, 사회적 질병예방, 의료인(의사, 치과 의사, 조산사, 간호사 등), 의료기관 등을 포괄하여 9권으로 제정되어 있다.²³⁾

나. 의사법과 법정정책

또 하나의 법정정책적인 시각은 의료법제의 발전과정에 내재하고 있다. 즉 우리나라와 일본의 의료법, 그중에서도 의사를 중심으로 하는 의사법(Arztrecht)은 주로 직업수행자로서의 의사가 가지는 권리와 의무를, 특히 권리를 중심으로 한 직업법(Berufsrecht)의 형태로서 제정되었다. 따라서 의사의 직업수행자로서의 성실한 의무이행 보다는 주로 의사가 직업상 가지는

23) 허준평, "의료법체계의 비교법학적 연구-일본, 프랑스, 미국을 중심으로", 「6월 학술세미나 연재집」, 한국의료법학회, 1998.6.23, 제36면 이하.

권리를 구체화하고 강화시키므로써 의사의 의료에 대한 권리를 독점화시킴으로서, 타 의료인에 대한 참여 내지 경쟁을 배제한 상태로 의사만의 주관법 내지 주관적인 권리위주로 발전해 왔다.

이것은 의사법이 물론 한 직업의 수행자로서 가지는 주관적 권리인 동시에 의사와 환자, 의사와 국가, 의사단체 등의 모든 제도적인 시각에서의 객관적인 법질서로서의 모습을 가지고 있다는 것을²⁴⁾ 이해하지 못하고 불충분한 법정책을 구사한 결과 입법의 부전을 가져온 대표적인 결과이자, 우리 보건의료법의 현 상황이다²⁵⁾. 더욱이 건강보험의 문제를 대입하면, 의료인은 보험자와 보험가입자 사이를 매개하는 보험급여제공자로서의 위치를 차지함으로써 더욱이 객관적인 법제도로서 기능하게 된다.

따라서 의사법의 대상이 되는 의사는 단순히 직업수행자로서 독점적인 지위에 의한 환자와의 일반적인 명령복종적인 권위적이고 봉건적인 관계로 형성되는 것이 아니다. 의사는 하나의 직업가이면서 동시에 환자와의 관계만이 아니라, 의사단체, 국가 등의 다면적인 관계를 가진 사회의 한 제도적인 틀에서 구성원이기 때문이다. 따라서 법정책학적으로는 이러한 의사법의 독점구조에서 경쟁구조로 이행하기 위한 시장의 전제조건을 형성하기 위하여는 의사법상의 객관법적인 요소를 충분히 입법론으로 개선하여야 한다.

다. 환자를 위한 의료법

그리고 마지막으로 보건의료법제에서의 각론적인 법정책의 한 요소로서 고려해야 할 것이 있다. 분명 의료행위의 이해관계자였음에도 그동안 보건의료법제는 국가나 의료인을 중심으로 법정책이 전개되어 왔기에 크게 주목을 받

24) 이러한 문제의식으로서는 길준규, “독일의 보건의료법제에 대한 개관”, 『법과 정책연구』, 제3권 제1호, 2003, 제29면 이하를 참조할 것.

25) 이러한 문제는 불과 보건의료법제만의 문제가 아니라, 일본의 법제를 그대로 수용하였지만, 국내의 법이론이 발전하지 않은 대부분의 분야에서 가지고 있는 문제이다. 특히 일본의 경우에도 초기 독일의 법제를 수용하는 과정에서 법리적인 반성이나 고찰이 없이 수용된 법제의 경우에 마찬가지로 안고 있는 문제이기도 하다.

지 못한 환자가 있다.

최근 보건의료법제에서 국민의 건강을 주된 목표로 설정하고, 최근에 설명 의무 등 환자를 위한 입법이 많이 제정되기는 하지만, 궁극적으로 환자를 위한 의료법 내지 환자의 권리를 보건의료법제에서 포괄할 수 있는가는 별개의 문제로 고려되어야 할 것이다.

특히 의료서비스의 성질상 사회적 약자에 해당되는 환자의 권리를 사회적 강자인 의료인으로부터 어떻게 보호할 것인가는 단순한 계급적 시각을 떠나서도, 궁극적으로 의료서비스의 최종소비자라는 점에서 중요하다고 볼 수 있다.

이러한 환자의 권리를 명문으로 법화한 경우에는 프랑스의 「보건법전」을 들 수 있는데, 동법은 제7권제1장제1절에서 의료기관에 대한 환자의 권리를 규정하고 있는데, 그 내용은 환자가 의사와 병원을 선택할 수 있고, 환자는 입원환자 현장이 기재된 진료신청서를 받아 볼 수 있으며, 의료과오의 발생시에 는 환자를 위한 분쟁조정을 위하여 정보나 지침등을 제공받을 수 있는 권리를 규정하고 있다.²⁶⁾

한편 미국의 의료법의 입장에 서면, 환자도 의료인에 대하여 치료를 거부할 권리가 있으며, 다른 병원으로의 이송을 거부하거나 요구할 수도 있다고 하는데, 이러한 권리는 실무적으로는 큰 의의는 갖지 않는 것으로 판단된다.

질관리에 대한 환자의 점증하는 요구²⁷⁾, 환자의 기대권²⁸⁾, 보건의료 거부

26) 허준평, 전계 논문, 제36면 이하.

27) 의료서비스의 질적 수준향상을 위한 요구로서 1963년 수련병원 인정제도를 효시로 한 병원신입업무, 1981년부터 시작된 병원표준화사업, 1990년대 중반부터는 의료기관서비스평가 시범사업을 거쳐 2004년도부터 의료기관평가제도가 운영되었다 할 것이다. 병원의 등급화서열화의 문제점에 대한 지적을 받아들여 이후에는 병원인증제도로 발전하기까지의 과정은 점증하는 의료의 질 향상 요구에 대한 반응의 결과가 나타난 과정이라 할 것이다(조형원, 『보건의료와 법』, 신광출판사, 2007, 제194~196면; 조형원 외, 『현대병원경영학개론』, 신광출판사, 2006, 제143~144면 참조).

28) 환자는 의사에 대하여 자신의 건강을 필히 회복 또는 증진시켜줄 것을 기대한다. 그러나 불가항력이 아닌 의사의 오진이나 태만·불성실 등으로 인하여 질병을 지지할 수 없거나 더욱 악화시킴으로써 불치의 병 등의 결과를 야기하는 경우가 있는데 문제해결의 이론구성이 민법상 일반이론에 의해 이루어질 때 환자보호의 문제점을 내포하게 된다. 결국 전문직업인인 의사의 책임원리에 의해 환자를 더욱 두텁게 보호할 필요성에 입각하여 종래 불법행위이론의 수정을 강하게 요구한다(조형원, 상계 도서, 2007, 제188~189면).

넌스에 대한 논의²⁹⁾와 최근엔 환자안전법 제정에 대한 논의³⁰⁾ 등에 입각하여 볼 때 좀 더 전향적인 환자를 위한 의료법에 대한 논의를 필요로 한다할 것이다.

2. 의료인

가. 치료의 자유

우리 보건의료법제는 「의료법」 제27조 이하에서 무면허의료행위를 금지하고 있다. 따라서 원칙적으로 국민의 치료의 자유를 제한하고 있다. 따라서 동법상의 동조항을 근거로 하여 의료인의 치료독점을 주장하고 이것이 법화되어 있는데, 이러한 “치료독점”은 일단 치료의 자유가 헌법상의 직업선택의 자유에 속하므로, 이를 제한하는 규범으로 될 수 있다. 그러면 이러한 치료의 자유가 인정되어야 하는가 아니면 의료인의 치료독점이 인정되어야 하는가는 어쩌면 법정정책적인 문제로 돌려질 수도 있다. 이러한 독점 중에서 우선 치료독점을 논의해 보기로 하자.

의료인들이 무면허 의료행위를 제한하는 치료독점의 법적 성격은 무엇인가. 치료독점은 독점의 많은 부분을 차지하고 본질적인 자연독점(Naturmonopol)은 아니다. 즉 과다한 투자가 필요하거나, 본질적으로 고유한 기술을 필요로 하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 누구든지 치료의 능력과 기술만 있다면, 치료행위를 할 수 있다.

그렇다면 치료독점은 무엇인가 이것은 법적인 독점, 즉 행정독점(Verwaltungsmonopol)일 뿐이다. 따라서 이러한 독점은 법제화 과정을 통하여 입법이 되면, 입법에 의해서만 그 내용을 강제할 수 있는 독점일 뿐이다. 그렇다면 이러한 행정독점의 경우에는 독점에 들어오는 행위, 즉 본질적인 경쟁행위

29) 병원의 이사회가 설립자의 이해를 대변하는 경우가 많은 현실에서 이사회의 성실행위의무, 자산유지의무, 기본적인 관리의무, 환자만족진료제공의무 및 충성의무 등이 강조되고 있다(조형원, 전계 도서, 2007, 제367~383면; 정영호·조형원 등, 「보건의료부문의 거버넌스 현황과 발전방향」, 한국보건사회연구원, 2006.12).

30) 교차 투약으로 침해할 수 있는 의약품 사용뿐만 아니라 환자안전을 위협하는 병원의 각종 위험으로부터 환자를 보호하기 위한 환자안전법의 제정이 최근 논란의 중심에서 있다.

를 규제 내지 처벌하는 것에 문제가 있을 수 있다.

따라서 이러한 우리 「의료법」 제27조의 무면허의료행위 등의 금지는 헌법상의 치료의 자유, 나아가 직업선택의 자유에서 근본적인 의료행위를 금지한다는 점에서 위헌성이 의심된다. 나아가 동 행위를 위반한 경우에도 벌칙조항으로 처벌하는 것은 이론적으로 무리가 뒤따른다. 즉 치료독점의 위반이라는 것은 특정집단이 법제화에 성공해 놓고서 시장진입을 막는 것에 불과하므로 이러한 행정독점을 위반한 경우에는 단순한 행정질서별인 과태료에 머물러야 치료의 자유를 침해하지 않기 때문이다. 즉 국민의 기본권이 경쟁과 관련되는 경우에는 시장진입 자체는 기본권의 중요하고도 본질적인 내용을 침해하므로 금지할 수 없고, 단지 일정한 자격이 문제되는 경우에는 그 위반행위만 행정질서별로서 질서유지를 강요할 수 있기 때문이다.

나아가 이러한 의료독점을 의료인만의 독점이 아닌 의사로 독점대상을 더욱 강화시키는 법정책을 구사하는 나라도 있는데, 일본의 경우에는 의사는 모든 의료행위를 할 수 있다고 규정하고 있다.

한편 이러한 치료독점은 현행법 하에서는 의료인간의 해당 직역으로 고정되어 있으므로 또 다시 협의의 독점문제가 발생할 수 있다. 즉 「의료법」 제2조상의 의료인 규정에서는 의사는 의료와 보건지도, 치과의사는 치과의료 및 구강보건지도, 한의사는 한방의료와 한방보건지도, 조산사는 조산과 임부해산부산육부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도, 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령상의 보건활동으로 규정하고 있다.

이러한 규정을 자세히 관찰하면, 의사는 마치 모든 의료의 독점을 가지고, 한의사와 조산사, 간호사는 제한된 의료분야에서만 활동할 수 있는 것으로 해석된다. 또한 조산의 경우에는 위의 규정에 따르면, 조산사만이 가능하고, 의사는 할 수 없는 것처럼 해석될 수 있다.³¹⁾ 이는 우리나라의 의료실무에 비추

31) 예를 들면 조산의 경우에 독일에서는 의사가 분만개조하지 않고, 조산사가 시행하고 있으므로 의사보다 오히려 전문적인 핸드테크닉과 전문성을 가질 수 있으므로 실제로 수월한 분만이 되고 있다.

어 볼 때, 단지 해당 조항이 일본의 입법례에 따라 입법하는 과정에서 잘못 입법되고, 문제점이 한 번도 지적되지 않은 조항이라고 볼 수 있다. 아울러 「의료법」에서 대부분의 의료인력을 규율하는 것은 법체계상의 문제가 있다는 견해³²⁾도 있다. 나아가 의료인에게 보건지도의 임무를 부과하는 것도 역시 문제점이 있다고 지적하고 있다.

물론 해당 규정을 의사는 일반법적인 규정으로 기타 의료직업군은 특별법적인 규정으로 해석한다 할지라도, 조산분야에서는 의사가 활동할 수 없다는 모순이 등장하므로 의료인의 의료독점은 현행법 자체의 법체계로도 문제가 되는 규정이다.

한편 의료인은 법적으로 국가의 제도적인 틀에서 판단한다면, 어디까지 그 범위를 설정할 것인가가 문제될 수 있다. 특히 우리나라의 경우에는 의료법상에서는 의사, 치과 의사, 한의사, 조산사, 간호사 등만을 규정하고 있기 때문이다. 따라서 의료관련인력의 경우에는 의료법외에 별개로 규정할 것인지, 의료법에 포괄할 것인지의 문제가 생긴다. 이에 대하여 일본법의 경우에는 의료담당자라는 폭넓은 개념을 사용하여 의료인외에 약제사와 기타 의료담당자를 포함시키고 있다.

나아가 의료인은 일반적인 교육을 받아서 일반 의료에 종사할 뿐, 특수한 분야의 치료에 대한 지식이나 기술을 가진 자들의 치료의 자유를 제한하는 경우에는 의료시장에 대한 진입장벽(Zugangsverbot)을 통하여 국민보건에 장애가 될 수 있다. 예를 들면, 최근에 일기 시작하는 음악치료, 미술치료, 심리치료, 운동치료의 경우에는 우리나라의 이러한 치료독점에 의하여 철저하게 시장진입을 외면당하므로서 많은 치료자들이 시장 밖에서 경쟁의 자유를 빼앗기고 있으므로, 소비자인 국민의 건강관리에는 커다란 법익 침해를 주고 있는 상황을 생각할 수 있다.

따라서 의료인의 의료독점은 현행법상의 개정으로 인하여 모든 치료에 대한 지식과 기술을 가진 자에게 치료의 자유를 보장하므로서 의료인외에게도

32) 허준평, 전계 논문 제46면.

치료의 가능성을 열어 놓고, 의료직역간에도 범상 모순점을 배제하며, 나아가 소비자인 국민의 건강관리에도 만전을 기할 수 있다고 보인다. 다만, 의료의 능력을 실질적으로 가지지 못한 자의 경우에는 치료의 자유의 남용에 따른 행정적인 제재로서 충분하다고 보인다.

나. 의료직역내의 치료독점의 문제

의료인을 법적으로 어떻게 규정할 것인가 하는 법화의 문제는 보건의료법의 법사학적인 발전에 해당하는 내용이기도 하면서, 의료인과 국민, 혹은 의료직역 간의 대화에 관한 부분이다.

한편 법정정책적으로는 이러한 의료직역의 구분을 어떻게 법제상 규정할 것인가에 대하여 통일적인 단일법으로서의 의료법 내에서 규율하는 방법과 각 개별 의료직역에 따라 규율하는 단행법제로 규율하는 방법이 있을 수 있다. 여기에 대하여는 독일이나 일본처럼 각 의료직역의 발전과정에 따라, 각기 의사법, 약사법, 심리치료사법, 간호사법, 조산원법 등을 두는 방식이 있고, 우리나라처럼 「의료법」 안에 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사를 규정하는 방식이 있다.

전자의 입법정책적 경우에는 통합법이 없으므로 법간의 통일적인 체계성이 문제될 수 있으나, 후자의 경우에는 각 직역간의 구분과 경계의 설정이 명확히 되어야 하는 문제가 발생하고, 기존 통합의료법에서 규정하지 않는 의료직역의 보호의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 양자의 절충적인 입법례로서는 일본을 들 수 있는데, 일본의 경우에는 의료법에서 의료인을 규율하고 나머지 의료인은 개별법의 형태로 규율하는 형식을 취하고 있다. 나아가 앞서 언급한 것처럼 의사만이 다른 의료직업군의 영역을 침범할 수 있는 의료특권을 부여한 입법례로 일본을 들 수 있다.

한편 의료독점이 존재하는 경우에, 국가라는 제도권의 틀에 편입되지 못한 자에게 치료의 자유를 허용하지 않는 시스템 하에서는 어디까지를 국가에 의하여 허가된, 즉 독점의 제도권 내에 진입한 의료직업군으로 보아야 하는가의 문제가 생길 수 있다. 물론 주로 이러한 의료직업군은 의사나, 간호사 같은 전통적인 의료직업군 외에 신생의료직업군이라고 볼 수 있으므로 당연히 시장의

진입이 문제되는 분야이다. 이러한 예로서는 미국의 경우에는 의사, 접골사, 약사, 안경사, 물리치료사, 발치료사, 척추지압사, 치관리사³³⁾, 간호사 등의 경우에 주에 따라서 면허를 부여하여 의료행위를 할 수 있도록 허용하고 있다.

현재 우리나라의 경우에는 「의료법」 상의 의료인이라고 말하는 「의료법」 제2조상의 의료인외에도 「의료법」 상 제79조의 한지의료인, 제80조의 간호조무사, 제81조의 의료유사업자(접골사, 침사, 구사), 제82조의 안마사, 제37조 제2항의 진단용방사선안전관리책임자 등을 규정하고 있다. 물론 「의료법」 외에 의료지역으로서도 응급의료에 관한 법률상의 응급구조사를, 의료기사법상의 의료기사(임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사 등), 정신보건법상 정신보건전문요원(정신보건임상심리사, 정신보건간호사, 정신보건사회복지사), 「마약류관리에관한법률」에서 각종 마약류 취급자를 규정하고 있다.

특히 이러한 의료법이라는 제도권 하에 편입된 의료지역의 경우에는 종래의 치료독점 하에서 시장진입을 하지 못한 의료지역에 대한 시장지배사업자로서의 권리의 남용을 행할 수 있다. 그러한 대표적인 경우가 심리치료의 경우에, 소득이 낮은 상담심리의 경우에는 문제가 되지 않으나, 임상심리의 경우에는 의사가 심리학자를 지배하는 구조로 발전하고 있다. 이는 심리학자 내지 심리치료사가 의사보다 더 나은 경쟁구조와 시장구조를 가진 독일이나 미국에 비하면 설명하기 어려운 현상이다. 이러한 것들이 의료지역의 치료의 독점에서 오는 시장진입의 봉쇄의 결과이다.

다. 보건의료 분야 직역 간 논쟁

보건의료기본법 제3조 정의규정 제2호에 의하면 “보건의료서비스”란 국민

33) dentist는 의사처럼 의과대학교육이 아닌, 즉 의사와는 달리 별도의 교육과정 없이 역사적으로 발전해 왔다는 점에서 보면 dentist를 치과의사로 번역하는 것은 잘못된 것으로 판단된다. 물론 우리나라처럼 어차피 외국의 교육제도를 도입하다 보니, 치과의 경우도 대학교육에 편입시키다 보니, 그러한 구분이 있는 것으로도 보인다.

의 건강을 보호·증진하기 위하여 보건의료인이 행하는 모든 활동을 말한다. 또 동조 제3호의 “보건의료인”이란 보건의료 관계 법령에서 정하는 바에 따라 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자를 말한다. 따라서 보건의료서비스는 다양한 보건의료인들에 의해 국민의 건강을 보호·증진하기 위한 모든 활동을 말하는데 그 중에서도 의료서비스의 근간을 이루고 있는 것은 의료법과 약사법에 의한 의료행위와 의약품·의약외품의 제조·조제·감정(鑑定)·보관·수입·판매[수여(授與)를 포함] 등의 약사(藥事) 행위가 될 것이다. 그런데 이들은 전문직역간 허용 및 미허용 영역을 포괄적이고 추상적으로 규정해 놓고 있어, 이에 대한 해석 및 다른 법령과의 관련성 등을 두고 전문 직역 간 쟁점을 발생시키고 있다.³⁴⁾

또한 우리나라는 의료행위와 한방의료행위를 구분하여 모두 국가의 공식적인 의료영역으로 인정하는 이원화된 의료체계를 운영하고 있으나, ‘의료행위’와 ‘한방의료행위’가 무엇인지에 대한 구체적인 정의 규정은 명확하지 않은 상황이다. 이로 인해 한방의료의 성격과 범위를 둘러싼 직역간 논쟁이 치열하게 발생하고 있다.³⁵⁾ 특히 2011년 7월 개정된 한의약육성법(법률 제10852호)에서 한의약을 ‘과학적으로 응용·개발한 한방의료행위’까지 확대한³⁶⁾ 것을 계기로 한의사의 서양의학을 기초로 한 의료기기의 사용 여부, 의사의 IMS³⁷⁾ 및 한의사의 IPL(잡티제거술) 시술, 한의사의 의료기사 지도권 인정 등이 최근 직역간 갈등 영역으로 부각하고 있다.³⁸⁾

34) 윤강재 외, 「보건의료분야 법령 현황과 주요 과제」, 한국보건사회연구원, 2012. 제121면.

35) 전계 보고서, 제122면.

36) 한의약육성법 제2조에 ‘한의약’은 ‘우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위(이하 “한방의료”라 한다) 및 한약사(韓藥事)’로 정의되어 있다.

37) IMS(intramuscular stimulation)는 근육내 자극요법으로서 만성통증환자를 대상으로 근육내를 자극, 탈감작(脫感作)시켜 통증을 완화하고자 1회용 바늘을 이용해 손상된 근육을 자극하는 치료법을 말한다. IMS는 시술대상 및 시술목적, 시술관련기구, 치료원리에 있어서 한방의 경혈집과 유사하여 IMS가 신의료기술의 일종으로서 의료행위로 간주될 것인가가 중요쟁점이 되어 있다(윤강재외, 전계 보고서, 125면).

38) 본래적으로 법규정의 추상성으로 모든 사안을 입법적인 노력만으로 명확히 할 수는 없을 것이고, 사법적 판단이라든지 유권해석 등의 행정적 노력을 통해 정책지향적 결과를 도

현재 한의사들의 의료기기 사용 판단기준은 행정법원 판례(2008 구합 11945)의 기준을 주로 이용하고 있는 것으로 보이는데³⁹⁾, 한의학적 근거를 통해 시술되는 의료기기로서, 보건복지부가 유권해석을 통해 결정을 내리거나, 사법기관의 판결결과를 적용하여 사용 여부가 결정되고 있는 상황이다.

대한한 의사협회는 한방진료의 과학화와 현대화 필요성이 대두됨에 따라 의료장비의 사용에 대한 요구가 높아지고 있으며, 대학에서도 진료에 필요한 초음파 진단기 등에 대한 교육 및 실습을 실시하고 있으므로 현대화된 의료기기를 사용하는데 문제가 없다는 입장이다. 또한 한의학육성법에서도 한방의료행위에 ‘과학적으로 응용·개발한 것’까지 포함하고 있으므로 한방진료의 의료장비 사용에 대한 근거도 충분하다고 주장한다. 반면, 대한의사협회는 현대진단기기에 대한 진찰행위는 의사의 진료행위이며, 한의사의 경우 현대적 진단기기에 대한 교육이 없거나 미흡하여 오진의 위험이 높다고 주장한다.

한의사의 현대 의료기기 활용에 대한 논쟁은 의료법의 ‘입법불비(立法不備)’의 사례로 분류할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾ 즉, 의료인에게 허용되는 면허범위를 구체적으로 적시하지 않음으로서 각 사안별로 행정부 또는 사법부의 유권해석에 의존할 수밖에 없게 되었다. 진단검사치료행위가 더욱 세분화되어 갈수록 직역간 갈등이 지속적으로 나타날 것으로 전망된다. 특히 한의학육성법을 통해 한의약의 외연이 확장된 상황에서 두 법의 상충 여부 역시 중요한 논쟁이 되고 있다.

모든 의료행위 및 한방의료행위를 법령 속에 규정하기에는 한계가 있겠으나 우선 정확한 현황분석(예를 들어 한방의료기관에서 보유한 의료기기)을 통해 의료행위와 한방의료행위에 대한 갈등 조정을 도모하고, 중장기적으로는 의료법에 의료행위 또는 면허범위의 내용을 보다 구체화하여 포함하는 방

출할 수 있을 것이다. 그럼에도 논란이 큰 경우라든지 입법적 불비의 상황으로 판단될 수 있을 때 좀 더 구체성을 갖는 법규정의 마련은 논란을 잠재울 가능성이 크다할 것이다.

39) 행정법원의 판례에 따르면 ‘어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 한다’고 하고 있다.

40) 윤강재 외, 전계 보고서, 제124면.

안 또는 의료기기의 분류 기준을 정비하는 등의 방안을 고려할 수 있을 것으로 사료된다.⁴¹⁾ 물론 좀 더 장기적으로는 직역간의 이해를 떠나 국민의 보다 나은 건강확보를 위해 양한방의 시너지 효과를 극대화 시킬 수 있도록 이들 양영역의 통합에 대한 문제도 전향적으로 논의되어야만 할 것이다.

이상 보건의료법체계와 의료행위의 주체인 의료인에 대하여 법정정책학적인 검토를 해보았다. 보건의료법체계 및 정책을 정립함에 있어서는 다양한 정책 수단들이 보건의료체계의 참여자들에게 공론적인 합의를 이끌 수 있는 방안에 해당되는지에 대한 판단이 필요하다. 이 경우 법정정책적으로 숙고하지 않고 그대로 제도설계의 대상에 포함시켜서는 안 될 것이다. 이렇게 함으로써 법정정책학이 기존의 법해석학이나 법이론학이 경우에 따라서는 법기술학으로 떨어질 수 있는 위기상황을 타개하는 적절한 대안적 모델이 되도록 하여야 할 것이다.

또한 의료인들이 집단적으로 제기한 보건의료정책에 대한 일종의 불복종현상 역시 경험적인 법연구에 기초한 검증과정이 없이는 특정 이익집단의 일방적인 주장을 생활세계에 체계화시키려는 작업에 지나지 않을 수 있음을 알아야 할 것이다. 특히 전략적인 입장에서 무조건적인 비판적인 대안을 제시하기 보다는 적절한 방안을 구체적으로 적시하는 것이 필요하다. 시민사회 역시 좀 더 전문성을 반영한 상태에서 중립적인 자세를 견지하는 것이 바람직할 것이다. 정부 역시 관료주의적인 경직된 자세를 버려야 한다. 이들을 바탕으로 쟁점이 되는 사항에 대한 정확한 인식의 바탕으로 관해 공감대를 형성하도록 노력하여야 한다.⁴²⁾

VI. 결 론

수많은 쟁점을 안고 있는 우리나라의 보건의료법체계의 바람직한 방향을

41) 윤강재 외, 전계 보고서, 제125면.

42) 조형원 외, 「현행 보건의료법체계의 법정정책학적 접근」, 의료정책연구소, 2004.12, 제59~64면.

제시하기 위해서는 전통적인 법해석학적인 접근방법이나 단편적이거나 개별적인 이론법학적 접근방법만을 가지고는 한계를 가질 수밖에 없다. 다양한 접근방법을 통한 적절한 진단과 처방책의 모색, 그 방법이 현실여건에서 최적의 제도설계로 기능할 것인지에 대한 판단 및 평가 등이 있어야 하는데 이를 위한 접근방법이 바로 법정책학적인 접근이라 하겠다.

보건의료에 대한 법정책학적 연구를 함에 있어서 먼저 헌법적 검토를 필요로 한다. 보건의료법의 체계에 대해 국법질서상 기반을 제공하는 법규범은 바로 헌법이기 때문이다. 헌법은 각 국가의 이념과 철학을 집적해놓았다는 입장을 감안한다면, 법철학적인 접근을 보건의료법체계에 대한 헌법적 근거 추적으로 대체할 수도 있을 것이다.

헌법적 고찰에 있어 보건의료자원의 배분의 문제가 중요하게 대두된다. 보건의료자원의 배분과 관련하여 항상 자원의 부족사태가 언제나 일어날 수 있다. 의사단체가 자신의 구체적 이해관계에 대하여 전국가적, 전사회적 차원의 뒷받침을 받을 수 있도록 국가의 보건의료자원의 배분을 둘러싼 규제에 대한 헌법적 정당성을 부여받는 것이 필요하다. 구체적으로는 보건의료 부문에서 국가의 사회국가 원리 구현의 정책방향과 사적 부문 예컨대 의사의 직업의 자유에 관한 기본권 또는 재산권에 대한 주장의 대립현상으로 나타날 수 있다. 의사의 직업권과 보건의료체계의 공익의 양 이익이 헌법적 비교교량을 통해 가늠되어야 한다. 사회국가적 차원에서 추구해야 할 공익의 정도가 높으면, 그로 인한 입법자의 제한 내지 형성은 의사 개인의 자유권적 기본권인 직업자유나 재산권 자유에 대하여 우월한 지위를 지닐 가능성이 클 것이다.

결국 보건의료 분야에서 정책적 차원의 어떤 결정을 내려야 할 때, 위의 논의는 그 세부원칙이나 기준으로 구체화될 것이다. 그 세부원칙이나 기준을 설정하는 데 있어 첫째 시간대를 활용하는 협상 둘째 실질적 측면이 아니고 상대적 해결기준 내지 절차적 측면으로 접근하는 방식이 고려될 수 있다.

학문의 요구에 있어 상대적으로 수월하면서도 소홀히 해서는 안 되는 부분이 법비교학적인 접근이라 하겠다. 미국, 영국, 독일 및 일본 등의 보건의료법 체계

에 대해 통일적인 시각에서 분석함으로써 우리나라 체제와 비교할 수 있음은 물론이고, 적절한 다수의 대안을 찾아낼 수도 있을 것이다. 물론 제도는 법전 속에서만 분석해내서는 안 된다. 그 나라의 고유한 문화와 전통 속에서 보건의료법체제도 숨 쉬고 있음을 주목해야만 하겠다. 물론 다양한 역사와 문화를 갖고 있는 나라를 획일적인 기준으로 그 내용을 비교해서 명확하게 밝힐 수는 없었다. 다만 우리의 어려운 보건의료상황을 타개하기 위해 다른 나라의 보건의료정책사례를 인용함에 있어 피상적인 이해에 근거해서는 안 될 것임은 분명하다. 의사와 환자의 관계는 끊임없이 변화발전하는 관계임을 알 수 있다. 관계의 변화를 가져오는 끊임없는 추동력은 대승적이고 국가적인 차원에서 구해져야 할 것이다.

앞으로의 연구에서는 위의 법정정책학적, 헌법적, 비교법적 연구가 좀 더 체계적이고 완전하게 이루어져야 할 것이다. 법제도의 설계에 대해서 좀 더 시간을 갖고 다양한 시각에서 좀 더 종합적으로 논의되어야 좀 더 바람직한 보건의료법체제의 도출이 이루어질 수 있을 것이다.

제한된 연구결과이지만 이러한 결과를 통해 첫째 기존의 보건의료법령의 분석검토를 통해 법령개정의 합리적 방향을 제시할 수 있을 것이며 둘째 생명 의료를 비롯한 새로운 법령의 제정시 우리사회에 가장 부합되는 법령을 제정하는데 활용될 수 있는 활용가능성을 열었다 할 것이다. 셋째 법정정책학적, 헌법적, 비교법적 연구의 성과물들은 구체적인 정책이슈와 관련된 법체제의 설계 시 중요한 지침으로 활용될 수 있을 것이다.

앞으로 법정정책학적 연구가 충분히 이루어져서 직종간의 갈등의 문제가 합리적으로 해결되고 의료행위의 범위에 대한 합리적 조정도 이루어져야 할 것이다. 의료인과 환자, 혹은 시민단체, 그리고 국가 등 다양한 이해주체 간의 합리적 이해조정에 대한 법정정책학적 검토가 꾸준히 이루어져야 할 것이다.

주제어 : 보건의료법체제, 보건의료에 대한 법정정책학적 연구, 보건의료의 법 비교학, 보건의료법의 헌법적 고찰

[참 고 문 헌]

- 길준규, “독일의 보건의료법제에 대한 개관”, 『법과 정책연구』, 제3권 제1호, 2003.
- 김성필, “법정책학의 개념과 학문적 영역”, 『법과 정책연구』, 창간호, 2001.12.
- 남은우, “영국의료리포트”, 『의협신보』, 제3743-4호, 2003.8.21.
- 노기호, “법정책학의 개념정립을 위한 시론적 고찰”, 『법과 정책연구』, 창간호, 한국법정책학회, 2001.12.
- 문국진, “치료의 과학성과 합법성”, 『한법의지』, 제11권 제1호.
- 송기민, “최신 보건의료법정책 세미나 I”, 『한국학술정보』, 2012.
- 신중섭, “영리의료법인 도입은 빠를수록 좋다”, 『창&론』, 창간호, 2010.
- 이상광, “국민건강보험법의 문제점”, 『인권과 정의』, 제287호, 2000.7.
- 유호중·손명세·이경환, 『의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설』, 동림사, 2002.3.
- 윤강재 외, 『보건의료분야 법령 현황과 주요 과제』, 한국보건사회연구원, 2012.
- 이상돈, “보건의료영역의 법정책”, 『법제연구』, 통권 제22호, 2002.6.
- 임금자 외, 『영리의료법인에 대한 검토와 대안 모색』, 대한의사협회 의료정책연구소, 2010.
- 정두채·조형원 등, 『의료법규체계 정비방안 기초연구』, 한국보건의료관리연구원, 1997.1.
- 정영호·조형원 등, 『보건의료부문의 거버넌스 현황과 발전방향』, 한국보건사회연구원, 2006.12.
- 조형원, 『보건의료와 법』, 신광출판사, 2007.
- _____, “보건의료법의 입법방향-보건의료기본법을 중심으로-”, 『의료법학』, 제2권제2호, 대한의료법학회, 2001.12.
- 조형원·남복현·길준규·변무웅, “법정책학적 연구방법 시론”, 『정책연구의 이론과 방법(III)』, 한국정책학회 2005년 추계학술대회 연제집, 2005.9.30.
- 허준평, “의료법체계의 비교법학적 연구-일본, 프랑스, 미국을 중심으로”, 『한국의료법학회 6월학술세미나 연제집』, 1998.
- 홍완식, “건강보험법제의 현황과 개선방안”, 『법제연구』, 제27호.

- 대한의사협회 의료정책연구소, “현행 보건의료법체계의 법정정책적 연구”, 『연구보고서』, 2004.12.
- 한국개발연구원·한국보건산업진흥원, “투자개방형 의료법인 도입 필요성 연구”, 2009. 12.
- Thomas A. Abbott, III, Health Care Policy and Regulation., Kluwer Academic Publishers, 1995.
- H, Rebscher, “Rationalisierung und Rationierung aus Sicht der Krankenversicherung”, In E. Nagel. / Fuchs, Chr.(Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, Stuttgart/ New York. 1998.
- Stempel, Dieter. “Zum Begriff Rechtspolitik - Entstehung, Bedeutung und Definition”, In Recht und Politik. 1987, 12-18(변무웅 역, “법정책의 개념에 대하여 - 그 발생, 의미 및 정의 -”, <법과 정책연구> 1: 369.)
- Voigt,, Rüdiger. “Recht - Spielball der Politik? Rechtspolitikologie im Zeichen der Globalisierung”, 4. Aufl., Baden-Baden. 2000.
- Voigt,, Rüdiger. “Rechtspolitikologie und Rechtspolitik - Eine Workshop”. In Görlitz, Axel./Voigt,, Rüdiger.(Hrsg.). Rechtspolitikologie und Rechtspolitik, Jahresschrift für Rechtspolitikologie, Bd. 3., Pfaffenweiller. 1989.

The Present State and Subject of Health Care Law System in Korea

Cho Hyong Won

Sangji University

=ABSTRACT=

There is the limit of the traditional legal hermeneutics and fragmentary or individual theoretical legal approach to suggest the desirable solution of Korean health care law system to have many issues. Law & politics research is the legal research method to suggest the resonable understanding and seeking the measures through various approach, decide and evaluate that the legal methods can be functioned as the optimum system design.

Law & politics research has some procedure. 1. It is demanded to catalog the comparison target of legal system by its topic. 2. It is demanded to compare it with Korean situation. 3. The realistic and empirical legal research to the compared policy alternatives is needed. 4. Reflecting the results of this research work, the desirable policy idea must be adopted. 5. The accomplishment of this policy idea must be come true as a specific legislation through interest coordination. 6. This plan must be come into force and the feedback to effect of society must be examined closely.

Here I will review generally the contribution of law & politics research to health care law system because of the problem of time and the insufficiency of law & politics research.

The constitutional consideration is important to support the interest coordination because of the shortage of resources. The comparative law research can compare our health care system with those of other countries and seek some

desirable alternatives. If we discuss the law system plan in a long time and synthetically from different perspectives, more desirable health care law system can be deduced.

Keyword: Health Care Law System, Law & politics research, comparative law research, constitutional consideration