

우리나라 의료법규의 문제점과 개정방향

조형원*, 정두채**

*한림전문대학

**한국보건 의료관리연구원

〈Abstract〉

An Analytical Study on Medicine & Medical Affairs Law of Korea

Hyong won Cho*, Doo chae Jung**

* *Department of Health Administration, Hallym Junior College*

** *Korea Institute of Health Services Management*

The objectives of this research are (i) to review the legal nature of medicine & medical affairs law, (ii) to identify legal defects in terms of the adequacy and feasibility of its provisions and in terms of the structural order among related laws and acts, and (iii) to find out a rational way for revision of the law.

Major findings of this research are as follows;

- 1) The main defects of the Medicine & Medical Affairs Law of Korea are shortcomings of provisions necessary for securing people's right as well as medical practitioner's re-

sponsibility and in adequacy to its post as a mother-law in medical fields.

- 2) Some provisions of the law are inconsistent with other laws and acts, especially with Health Insurance Law.
- 3) Medicine & Medical Affairs Law of Korea is required to be totally revised in order to keep up with situational changes and to function as a mother-law in its field.

On the basis of these findings this study suggests that all the concerned parties would cooperate to renew the law into very sound feature of the mother-law in health field.

Key words : medicine and medical law, health legislation, provision, legal defect, mother-law

I. 문제의 제기

오늘날 국민들은 자신의 건강 위해와 생존에 대해 끊임없이 걱정을 할 수 밖에 없는 환경에 처해 살아가고 있다. 대기 및 수질오염, 공해등의 열악한 생활환경에서 비롯되는 문제들이 대중매체를 통해 자주 거론되고 있다. 또한 의료공급체계, 의료보장제도, 의약분업, 의료분쟁 조정제도 등의 다양한 의료관련 제도들도 그 내용이 미흡하거나 과도기 상황에 처해 있어서 국민의 건강을 적절히 담보해내지 못하고 있다.

국민의 건강을 해할 요인에 대한 우려가 높아질수록 이의 대한 국민의 관심은 보다 커질 수 밖에 없다. 설사 과거 급속한 경제발전보다 우선순위에 있어 뒤져 건강확보를 위한 노력이 다소 소홀했었으나 이제는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구에 그 근본을 둔 건강권¹⁾이 생존권적 기본권으로 인정되기에 이르고 있는 상황이다.²⁾ 새롭게 대두되는 건강권은 새로운 법학적 이론 정립 및 그 구현방법을 요구하게 된다. 건강을 위한 노력들은 법에 의해 현실적으로 보장받을 수 있기 때문이다.

의료법을 포함한 의료법규는 국민의 건강보호를 위한 안전판으로서 나름대로의 역할을 수행하고 있

주1) 건강권(Right to Health) 이란 용어는 보건의료계에서는 일반적으로 통용되는데 비하여 법조계에서는 일반화된 용어로 정착되지 못하고 보건에 관한 권리(김철수, 허영)라든가 보건권(권녕성)등으로 다양하게 쓰인다.

으나, 국민의 건강을 책임지기에는 미흡하다. 의료의 현대화된 추세를 반영하지 못하고 있으며, 이들 법규정 간의 체계적 연계성이 미흡하기도 하다. 예컨대 의료법 제5장의 분쟁조정에 관한 규정들이 거의 사문화되다시피 하였다거나, 상당수의 법규정들이 막연하고 추상적인 내용으로 되어있어 법규정이 임의 적용되고 있는 실정이다. 의료법은 의료인 및 의료기관 등에 관한 제도적 사항을 규제한 것인데 이는 의료인의 활동, 연구 등 그 권위보장을 위하여 마련되어 있다. 반면에 의료에 있어서 국민의 권리보호에 대해서는 입법적 불비가 지적된다. 그러므로 의료과오 내지 의료피해구제, 국민권리 신장 등을 충분히 돌보지 아니한 의료법이란 점에서 전통적 의료법이라 할 수 있다.

현행 의료법에는 의료나 건강권에 대한 기본개념 및 정의가 확실하게 확립되어 있지 못하다. 의료인과 의료기관이 의료행위를 경쟁체제 속에서 자율적으로 하도록 하고 있는지 아니면 정부의 통제 속에서 하는 것인지 명확치 못하다. 또한 건강의 문제는 국민 개개인의 책임인지 아니면 사회 또는 국가의 책임인지의 여부가 명확치 않은 채 추상적인 규정만 있다. 한편 의료분쟁 조정 등에 관한 규정(제5장의 2)들은 거의 사문화되었으며, 의료기관 휴업의 신고(33조)나 의료광고(제4장), 의료기관의 시설 및 인력 기준 등의 규정들은 의료를 왜곡시키거나 현실과 괴리되어 있어 현실화의 필요성이 크다. 또한 보건복지부장관 또는 도지사의 지도와 명령(48조) 등의 규정은 의료발전과 시대변화의 걸림돌로 작용되는 측면이 있다. 이외에도 의료분쟁의 조정, 사망·출생의 한계, 면허된 의료행위의 범위 등 입법상 불비사항도 많다.

의료법은 의료분야에 있어서의 제반 사항을 포괄적으로 다루고 있는 법으로서, 사회의 다변화와 시대의 발전에 따라 보완되어 왔다. 과거에 비해 많은 수의 보건의료 관련법규들이 새로이 제정·개정되고 있는 상황에서 기타 법규들과의 체계 상의 위상이 재정립되어야 하나 현재로서는 그렇지 못하다. 관련 법규들과의 규정범위나 내용이 상충되는 경우에 그 우선적용의 순서 등에 혼란이 있는 것이다. 예컨대, 의료기관 운영의 시장경제원칙을 시사하는 규정(의료법 3조)과 요양취급기관의 강제지정 규정(의료보험법 32조), 의료업의 비영리성(의료법 44조)와 공익법인의 범위 등이 서로 상치되어 법규의 우선순위가

주2) 보건에 관한 권리를 생존권적 기본권으로 보고 이를 위해 우리 헌법에서는 전문에서 실질적 평등사회 건설의 이념을 계승하고, 제10조에서 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」라고 하여 기본권 보장의 대원칙을 선언하고, 제34조 1항에서 「모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다」라고 함으로써 생존권적 기본권보장의 대원칙을 선언하고 있다고 본다. 또한 이를 위한 구체적인 규정으로는 건강에 관한 권리로 위의 제35조의 환경권 및 주거생활에 관한 권리와 제36조의 혼인과 가족생활에서의 양성평등과 보건, 모성에 관해 국가의 보호를 받을 권리의외도 제34조의 사회보장을 받을 권리를 규정하고 있으며 더불어 생존권적 기본권으로서 제31조의 교육을 받을 권리, 제32조의 근로의 권리, 제33조의 근로자의 근로권을 규정하고 있다고 본다(김철수, 1990).

보호하다.

또한 의료법규의 체계나 상호보완성에 대한 논의가 충분하지 않은 가운데 이러한 입법이 진행되고 있다. 따라서 의료법규에 내재된 법체계 상의 문제와 법규내용의 모순 및 불비 현상들이 정확히 지적되어야 할 것이며 그 개선방안을 모색하여야 할 것이다. 이러한 필요성에 따라 본 연구를 수행하였으며 본 연구는 보건의료와 법규의 관계, 내용과 법적 개념을 고찰한 다음에 그 문제점과 개정방향을 도출하였다.

II. 검토 내용

1. 검토의 기준

현행 의료법규를 통해서 국민생활수준의 향상에 따른 의료수요증가에 적극 대응하고, 국민의료이용에 편의를 도모할 수 있는 제도적 장치를 마련하며, 의료인 및 의료기관에 대한 규제를 일부 완화하는 등 운영상의 미비점을 보완할 필요성이 크다.

이를 위해서는 의료법규는 개인의 보건의료에 관한 권리를 보장해주어야 하며 개인이 유해로운 의료행위나 의료생산품의 폐해로부터 보호될 수 있도록 하여야 할 것이다. 더 나아가 적극적인 면에서 개인의 건강의 증진을 꾀할 수 있어야 한다. 의료법규는 이를 위해 건강을 증진하는 프로그램과 서비스를 인가하고 의료자원의 생산과 공급을 조절한다. 의료를 위한 재원조달 역시 의료법규의 내용이 되어야 한다. 재원은 의료사업을 위해 필수적인 실제적 조건이기 때문이다. 재원조달의 방식은 국가마다 상이하나 효율성을 기해야한다는 요구는 공통적이라 할 것이다. 또한 의료의 질 전반에 대해 감독하는 것이 중요하다. 이러한 내용들을 체계적으로 의료법규에 반영하기 위해 법규를 검토함에 있어 기준이 되는 일정한 틀을 설정해야 할 것이다.

기존의 법률을 검토하거나 새로운 어떤 입법을 마련하는데 어떠한 사안이 필요하고 또 고려해야 하는지에 대해 하나의 기준을 제시할 필요가 있다. 체계적이면서 합리적인 기준하에서 법률을 검토하거나 새로운 입법을 하기 위함이다.

의료법규는 일반적으로 권리의 부여, 특정행위나 생산물의 규제, 의료프로그램의 허가와 의료자원의 조정, 의료의 재정지원 및 의료의 질관리 등의 기능을 담당하게 된다. 물론 이들 기능은 형평성, 효율성 및 사회정의, 규모의 경제, 부문간의 협력 및 일반인에 대한 강제라는 의료의 이념을 충족하여야 할 것

이다. 의료법규가 보건의료의 정책을 담는 수단 역할을 수행한다고 볼 때, 의료법규는 보건의료의 이념적 요소를 담보해야 하기 때문이다. Jayasuria DC는 이들 요소가 세로축과 횡축을 구성하며 서로 영향을 주고받는 상관관계로서 구성됨을 제시하고 있다(Jayasuria DC, 1995).

이러한 기준을 의료법규의 분석틀로 활용하기 위해서는 우리나라 상황에서 이들 이념적 요소와 기능적 요소의 설정여부와 우선순위 및 이들 상호관계에 대한 법적, 정책적 검토를 전제하여야 할 것이다. 하지만 본 연구에서는 현행의료법규의 문제점과 개정방향을 논의하는데 초점을 맞추고 있어 이들 요소를 의료법규의 구체적 사안을 검토하는 논리적 근거로만 활용하였다.

2. 법규기능의 검토

1) 권리부여 요소

의료법규는 이를 통해 세계보건기구 헌장 서문의 “성취할 수 있는 가장 높은 수준의 건강을 향유하는 것은, 인종, 종교, 정치적 신념, 경제적, 사회적 조건에 관계없이 모든 인간의 기본적인 권리의 하나이다.”라는 내용과 우리 헌법상의 건강에 대한 권리를 반영하여 개인의 건강권을 보장할 수 있어야 할 것이다. 이를 위해 국가는 그러한 ‘권리’가 법률에 적절히 반영될 수 있도록 합리적인 요구조건을 충족시킬 의무가 있다. 건강권의 법적 성질을 프로그램방침설이 아닌 법적권리설로 보며 그 중에서도 추상적 권리설에서 점차 구체적 권리설을 선호하는 추세를 보인다는 점(김철수, 1990)에 주목하게 된다. 구체적 권리설에 의하면 입법적 불비상황에서 입법청원권까지 보장하게 된다. 최근의 헌법재판소는 입법부 작위에 대한 헌법소원을 한정적으로 인정하고 있다(헌재결 1993.3.11. 89 헌마 79).

개인의 건강권과 더불어 의료인의 의료행위 권한을 적절히 부여하고 보호하는 것이 의료법규의 중요한 기능이다. 따라서 의료법규가 국민의 권리와 의료인의 권한을 적절히 규정하고 있는지를 검토할 필요가 있다.

2) 의료행위의 요소

의료행위는 그 자체로서 신체침해의 과정을 거치면서 많은 위험성을 내포하게 된다. 위험의 예방을 위한 입법적 노력이 필요하다. 또한 의료는 다양한 기계나 기구 등의 물건을 사용함으로써 그 충실을 기할 수 있게 된다. 따라서 엄격한 시설기준 등을 정해놓음으로써 미연에 사고를 막기 위한 노력을 기울이게 된다. 물론 의료행위를 함에 있어 물건을 사용하는데 따른 궁극적인 책임을 사용자가 진다고 하지만

모든 경우에 있어 사용자가 책임을 지는 것은 아니다. 즉 의료인이나 사용자가 일반적인 주의를 기울여서는 알 수 없는 물건의 하자에 대해서는 생산자가 책임을 지게 한다. 의료법규가 의료행위를 안전하고 유효하게 수행하도록 보장하는 기능을 갖추고 있는지를 검토할 필요가 있다.

3) 자원 재정 질 등 기타요소

의료법규가 갖추어야 하는 다음과 같은 기능의 구비여부를 검토한다.

- 가. 환자의 건강을 회복시키는 프로그램과 서비스를 인가하고 의료자원의 생산과 공급을 조절하는 기능
- 나. 의료에 요구되는 자원을 창출하고 유지하는 데는 필요한 재정적인 지원을 조성, 할당하고 유통시키며 조절하는 기능
- 다. 의료의 수요자에게 질높은 진료를 보장하는 기능

3. 법규이념의 검토

의료법규는 첫째 형평성, 효율성 및 사회정의의 추구를 이념으로 한다. 1977년 의료보험이 도입된 이후 공공의 권리 뿐 아니라 환자의 권리에 대한 관심과 각성이 높아졌다. 의료의 맥락에서 이것은 사회적 자원은 물론 의료에 대해 형평성있는 접근가능성과 분배에 관한 요청을 의미했다. 어떤 경우에는 재화를 전달하는 특정한 의료체계를 만들기 위해서 상당한 정도의 구조적 변화를 구축할 필요성을 제기했으며, 다른 경우에는 최근에 대두된 필요성에 더 적합하고 더 효율적인 체계를 구축하도록 하였다.

의료체계의 효율성 수준을 향상시키고 이에 대한 접근가능성을 더욱 형평성있고 공정하게 하기 위한 다양한 법률적 전략이 여러 국가에서 개발되었다. 이들 전략의 가능성을 보여주기엔 충분한 몇가지 예가 있다. 그 한가지 예로, 개업의나 약사들이 의원이나 약국을 개설하거나 진료할 수 있는 지리적, 권역별 기준을 규정하기 위해 법률이 제정된다. 새로 면허를 취득한 개업의들은 반드시 1-2년간 농촌 지역에서 근무하도록 했다. 지리적, 인구적 비율을 적용할 때 첨단 의료 장비가 특정지역에 집중되면 제한이 가해졌다. 초음파진단장치 같은 장비가 특정 지역에 이미 충분한 수효로 구비되어 있다면, 그 지역의 인구를 고려할 때 추가로 장비를 구입하는 것에 대해 당국이 허가를 거부할 수 있다. 보건의료 체계를 더 효율성있게 만들고, 기관들이 보건의료제도 안에서 어떤 수준까지는 한층 자율적으로 일하도록, 국가들은 특정한 기능과 책임을 대표할 수 있게 허락하는 법률과 규정을 제정해왔다.

둘째, 의료는 규모의 경제라는 목적을 관철시켜야만 바람직하다. 많은 국가들은 의료전달체계를 유지

하는데 드는 비용과 의료수요자가 부담하는 의료 및 기타 서비스의 비용이 감당하기 힘들 정도로 엄청나게 높다는 것을 발견했다. 의료체계는 대체로 장기적인 계획과 상호협력의 필요를 이루이지 않은 채로 발달해왔다. 더구나 일부 국가에서 시행되고 있는 비용상환 또는 배상체계는, 의료체계의 운용을 어렵게 하는 경제적 문제들을 만족스럽게 다루고 있지 못하다. 입법은 보건분야에서 크게 대두되고 있는 경제 문제를 해결하기 위해 몇몇 국가에서 펼치고 있는 전략의 하나이다. 전담 및 분담 형식으로, 비용상환 뿐 아니라 비용배상 체계도 시행되고 있다. 어떤 체계는, 규모의 경제를 이룩하기 위해, 구입하는 약품과 의료기기를 조절하고 감독한다.

셋째, 의료사업은 부문간 협력이 없이는 그 목적을 관철시킬 수 없다. 의료는 삶의 질에 대한 서로 다른 여러 관심과 관여를 관통하는 여러 부문에 걸친 활동이기 때문이다. 의료활동의 계획과 시행은 더 이상 보건복지부만의 전유물이 아니다. 오히려 다른부서와 긴밀한 협조 속에서만 바람직한 의료로 도출해낼 수 있다. 의료와 관련된 관심을 가진 서로 다른 부문들을 동원하는 관점에서, 어떤 국가들은 국가보건위원회를 설치하는 법률을 제정했다. 이것은 본질적으로 여러 정부 기관, 비정부 부문 및 민간 부문의 관심을 대표하는 광범위한 다수의 인원으로 구성된 기구이다. 국가적 의료계획 초안을 설계하는데 있어서 최종확정 전에 공공의 의견을 청취하는 것은 바람직한 제도구축을 위해서 필수적이다.

넷째, 의료사업은 국민에 대한 강제없이 이루어낼 수 없다. 건강이란 단순히 말이나 글로 이룩될 수 있는 것이 아니다. 사람들 스스로가 자신과 자기가 속해있는 지역사회 구성원의 건강을 증진시키기 위해 무엇을 해야 하는지 충분히 인식하고 있어야 한다. 사람들은 건강에 해가 되는 행위를 삼가도록 그들의 행동을 조절할 수 있어야 한다. 사람들은 보다 더 나은 상태의 건강을 획득하고 더욱 중요하게는 그러한 상태를 유지할 수 있는 적극적인 태도와 생활방식을 개발하고 스스로 책임감을 고취시킬 필요가 있다. 실제 전염병예방법에서 볼 수 있는 것처럼 전염병환자를 격리수용한다(전염병예방법 29조)든지 업무중지를 일시적으로 제한한다(동법 30조)는 등으로 개인의 「신체의 자유」라는 헌법상의 자유를 제한하면서도 전염병 예방의 차원에서 일반인들에게 일정한 강제를 부여하는 것이다. 이는 법의 속성상 「강제성」이 활용되는 국면이기도 하다. 이 상황에서 법이 갖는 강제성의 발휘가 제대로 되기 위한 객관성과 타당성이라는 요건의 충족이 무엇보다 중요하다. 그렇지 못할 경우 법의 지배를 받는 많은 국민에게 엄청난 피해를 줄 수 있기 때문이다.

의료법규가 추구해야 하는 4가지 이념이 현행 의료법규에 적절히 반영되어 있는지를 검토할 필요가 있다. 이때 검토의 기준은 제시된 모든 이념들이 추구하고 있는가의 여부가 아니다. 국가의 체제와 이념에 따라 법규가 지향하는 이념이 결정되기 때문이며 사회상황에 따라 추구하는 이념이 달라질 수 있기

때문이다.

의료법규의 이념을 검토할 때에는 기능적 요소와의 상호관계를 감안한다. 권리의 부여에 대해 보면 권리의 부여 못지 않게 중요한 것이, 검토되고 있는 특정한 법률이나 법률초안이 정당한 이유없이 기존의 권리를 침해하거나 박탈하지 않도록 보장할 필요가 있기 때문이다. 권리를 부여함으로써 사람들은, 보건관련 문제의 판단과정에 참여하고 자신과 자신이 속해있는 지역사회 구성원의 건강에 책임질 더 많은 권한을 가질 수 있다. 역으로 말해서 기존의 법률을 폐기하거나 지금까지 향유되고 있는 권리의 행사를 부당하게 제한하면, 국민에게 귀속된 기본적인 권한의 침해가 되며, 따라서 앞서가는 의료발전의 최선의 이익을 위한 일도 아니라는 것이다.

또한 부문간 협력을 촉진하고 육성하는 모든 시도는, 새로운 권리가 귀속되는 대상인 사람들의 주장을 반드시 반영해야 하기 때문이다. 예를 들어 의료서비스에 대한 접근권은, 의료체계, 조직, 의료기관의 위치, 요금의 부과 등에 대하여 공공의 관점에서 결정에 고려되어야 할 적합한 규정이 수반되어야 한다. 부담스럽지 않은 비용으로 의료서비스를 받을 수 있는 권리는, 양질의 일반약의 제조와 보급 같은, 규모의 경제의 도입을 위한 방법들을 수반해야 할 것이다. 사회 정의는, 법률이 편파적이거나 차별적이어서는 안되며 평등해야 하고, 모든 사람이 경제적 능력이나 사회적 지위에 상관없이 이용할 수 있는 서비스의 적절한 질을 찾아내야 한다는 점에서 의료의 형평성과 효율성을 추구한다.

법규의 이념과 기능의 상관관계를 검토해야 하는 또 하나의 이유는 재정분야의 상호작용에서 찾을 수 있다. 재정계획은 수익을 늘리기만 해서 되는 것은 아니며, 수익을 늘리되 정당하게 늘려야 하고 이를 효율적이고 적절한 방법으로 분배하는 것이다. 이런 사안을 위한 적절한 법률 조항이 제정될 수 있다. 보건의료의 재원조달의 예를 보면 보건의료 비용이 증가하고 있는 추세 속에서 일부 국가들은 지역의 인구를 기준으로 하여 첨단 의료장비의 구입과 사용을 규제함으로써 규모의 경제(economies of scale)를 도입하려는 시도를 하고 있다. 저렴한 일반약의 도입 또한 높은 가격의 문제를 해결하려는 또다른 시도이다.

Ⅲ. 보건의료에 있어서 법개념의 고찰

1. 법의 개념

법이란 무엇인가? 이에 대하여 한 마디로 정의를 내리는 것은 매우 어려운 일이다. 오늘날에도 법

에 대한 정의는 법철학상의 중요한 주제가 되고 있다. 따라서 본 연구에서는 사회성, 규범성, 강제성으로 집약되는 법의 개념적 요소를 검토함으로써 법의 개념을 파악하기로 한다.

「사회가 있는 곳에 법이 있다」라는 말이 있다. 이 말은 법의 사회성을 지칭하는 말이다. 법이란 사람의 공동생활에 있어서 지켜야 하는 행위규범으로서 국가 및 국제사회에 존립하고 그 효력에 의하여 진행되는 사회규범이라고 한마디로 언급할 수 있다. 그러나 좀 더 부연하여 법을 몇가지 측면에서 조명하여 개념을 파악할 필요가 수도 있다(최종고, 1988).

첫째, Otto von Gierke가 인간이 인간됨은 서로 관계를 맺고 사는 데에 있다고 하였고, Marie von Ebner-Eschenbach는 “아무도 타인에 대하여 공정할 수 있을 만큼 고고하게 살 수는 없다”고 그 필요성을 설명하였듯이 법은 하나의 사회규범으로 인간사회에 존재하게 된다.

둘째, 법은 정치적으로 조직된 사회, 즉 국가 속에서 스스로를 관철시키기 위하여 강제(Zwang)라는 수단을 뒷받침으로 갖고 있는 규범이다. 독일의 법학자 Rudolf von Jhering은 “강제가 없는 법은 타지 않는 불꽃과 같다”고 표현하였고, Hans Kelsen 역시 법에 있어서 강제는 본질적 속성이라고 보고 있는 것이다. 물론 모든 법이 그 위반 또는 불준수에 대해 형벌 등의 불이익을 가하는 소위 강행규정으로 이루어진 것은 아니다. 훈시규정, 임의규정 내지 준칙 등이라고 하여 공무원 또는 일반 국민에게 그 행동목표의 기준을 정하는데 지나지 않은 것도 있다. 특히 최근에 와서는 행정법의 경제분야에 육성법, 진흥법, 장려법, 촉진법 등의 명칭을 갖는 소위 조장법규가 제정되면서 강제력이 미약하거나 없는 경우도 적지 않아 법의 개념의 변화가 있는 것으로도 파악할 수도 있겠으나 법의 본질로서의 강행성을 부인할 수는 없겠다. 이 점 때문에 법이 도덕규범이나 종교의 계율 또는 회사나 조합의 내부규약과 구별되는 것이다.

셋째, 법은 정의라는 법이념을 향한 문화규범이며 당위적 규범이다. 즉, 마땅히 그래야만 하기 때문에, 즉 존재적으로 적합한 것이기 때문에 당위적으로 그렇게 해주기를 요청할 수 있다는 점에서 법을 존재와 당위사이에 있는 사물의 본성(Natur der Sache, nature of things)내지 질서라고 볼 수 있을 것이다. 또한 법규범은 존재만도 아니며 당위만도 아니기 때문에 존재로서의 시간적, 공간적 제약을 받는 상대적 규범이면서, 동시에 거기에만 집착하지 않고 정의라는 보편적 가치를 지향하는 절대적 규범이기도 한 것이다.

결국 법은 속성상 실제적이거나 잠재적인 강제명령을 내포하며, 이러한 명령은 국민의 희망이나 기대를 반영한다. 즉 법은 정부의 권한의 지원을 받아 모든 사회구성원 공통의 희망과 요구를 반영함으로써 모든 사람에게 정의의 구현을 보장하게 된다.

2. 보건의료와 법의 관계성

1) 건강권 개념

보건의료는 오늘날에 와서 복합적인 의미를 내포한다. 원래 의료라 함은 질병을 치료하거나 직접 예방하는 행위를 의미하고, 보건위생이라 함은 생활환경과 자연환경을 청결히 하고 건강을 유지·조장하는 일로서 개념부터가 달랐다. 그러나 오늘날에는 만성병의 예에서 볼 수 있는 것처럼 질병과 건강을 하나의 연속선상에서 관찰하게 됨으로써 의료와 보건위생의 구분이 불명확해지고 있다. 과거와 달리 현대인의 질병으로 문제되고 있는 만성병은 일상적인 생활양식과 자연환경의 조정이 곧 치료행위도 되고, 예방행위도 되기 때문이다. 따라서 오늘날에는 의료와 보건위생을 포함하는 의미에서 보건의료라는 용어가 일반적으로 사용되고 있다. 이와 더불어 보건의료에 대해서 과거 개인적 책임을 강조하던 것에서 오늘날은 사회적 책임을 강조하는 방향으로 변화하게 되었다.

세계보건기구의 헌장과 세계인권선언에서도 이를 확인함으로써 보건의료의 사회적 책임은 세계적인 현상이 되었다. 1946년 미국 뉴욕에서 채택된 세계보건기구 헌장의 서문에서는 '가능한 최고수준의 건강을 향유함은 모든 인간의 기본적 권리의 하나이며, 인종, 종교, 정치적 신조, 경제 및 사회조건에 관계 없이 차별되어서는 안 된다'라고 하였다. 1948년 12월 프랑스 파리에서 개최된 제3차 UN총회의 세계인권선언문에서 '모든 인간은 자기와 가족을 위하여 의식주, 의료와 사회적 시설을 향유할 권리를 가지며, 실업, 질병, 불구, 배우자 상실, 노령 또는 불가항력에 의한 생활불능시에 있어서의 보장에 대한 권리를 가진다'라고 명시하였다. 즉 보건의료를 생존권적 기본권리의 하나로 인정하고 있다. 이 이후부터 보건의료에 대한 권리개념이 신장되어 이른바 건강권(Right to Health)을 보편화하게 되는 계기를 맞이 하였다. 물론 건강권의 현실적인 보장은 재정지원에 의해 달성될 수 있는 것으로 각국의 경제사회 발전의 정도 및 정치적 배경에 따라 건강권 개념의 실천 정도에는 큰 차이를 보일 수 밖에 없다.

우리나라의 헌법 제36조를 보면 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다'라고 명시되어 있다. 그리고 헌법 제35조 제1항에서는 모든 국민에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장하고 있다. 이는 건강권을 생존권적 기본권으로 인식할 수 있는 실정법적 기반이 된다. 더구나 1989년에 전국민의료보험이 실시됨으로써 적절한 수준의 보건의료를 향유하는 것이 모든 국민의 기본권이라는 건강권의 개념에 한 걸음 더 근접하게 되었다. 이러한 권리는 누구에게 침해될 수도 또는 누구에게 양도할 수도 없는 것이다.

이러한 건강권의 개념이 대두함에 따라 건강권을 보장하기 위한 연구가 활발하게 진행되었는데, 그

중에서도 보건의료의 개념과 관련하여 건강의 결정요인에 대한 연구가 관심을 모으고 있다. 보건장의 이론(The Health Field concept)에 의하면 건강의 주요 결정요인은 인체생물학적 요인, 환경요인, 생활양식 요인과 보건의료조직 요인으로 구분된다(Lalonde M, 1974). 인체생물학적 요인이라 함은 개체내에서 일어나는 육체적, 정신적 건강에 관련되는 요인을 말하며, 환경요인은 인체의부에 있으면서 건강에 영향을 미치는 그러나 개인이 제어 할 수 없는 제요인을 의미하며, 생활양식 요인은 개인의 자유 의지에 따라 통제가 가능한 생활습성과 결정을 의미한다. 보건의료조직 요인은 보건의료서비스 제공에 있어서 보건의료자원의 양과 질, 배치 및 상호관계 등으로 구성된다. 여기서 말하는 보건의료조직 요인을 협의의 보건의료서비스로 정의할 수도 있을 것이다.

이처럼 건강에 영향을 미치는 요인이 복잡적이기 때문에 이들 요인에 대한 총체적인 접근이 없이는 최고조의 건강을 확보하기가 어렵다. 즉 개인을 불건강으로 유도하는 자연환경과 사회환경 그리고 개체의 생물학적 요인에 대한 것이 주요 관심사로 되어 있다. 그러므로 의료인과 환자만의 관계로서 보건의료를 설명하는 것은 불충분하다. 더구나 단순히 질병의 진단과 치료만을 보건의료로 보는 것은 대단히 낡은 사고 방식이다(문옥륜, 조형원, 1990). 일본 의사회가 1969년에 의료에 대한 개념을 규정한 것을 보면 다음과 같다. '의학을 사회적으로 적용하는 것이며, 건강시의 건강양호를 출발점으로 건강파탄의 예방, 질병발생시의 대책, 건강파탄으로부터의 회복, 재생을 포괄하여, 모자위생, 영유아의 영양, 학교 보건, 산업보건, 생활환경의 조성 등 광범위한 것을 포함한다'로 되어 있다.

사회보장시대에 보건의료서비스의 개념은 국민의 건강권과 관련하여 규정하는 것이 타당하다. 기본권으로서의 건강권은 환자의 진단과 치료 이외에도 건강증진과 질병예방과 질병의 조기 진단, 환자의 재활에 이르는 포괄적인 대인 건강서비스로 개념이 규정되어야 한다. 이러한 대인 건강서비스가 생산 조달 이용되는 사회적 관계의 토대 위에서 이해되어야 하기 때문이다. 이러한 의미에서 보건의료를 전 인류에게 공평하게 베푸는 것이 하나의 이상으로 되어 있다. 이러한 이상을 달성하기 위하여 세계보건 기구는 2,000년까지는 만인에게 건강을 (Health for All by the Year 2,000)이라는 표제를 가지고 일차 보건의료운동을 범세계적으로 전개하고 있다.

보건의료법은 위에 언급한 보건의료를 적절히 관철해내기 위한 모든 법규를 의미한다. 법은 일반적 속성상 실제적이거나 잠재적인 강제명령을 내포하며, 이러한 명령은 국민의 희망이나 기대를 반영한다. 즉, 법은 정부의 권한의 지원을 받아 모든 사회구성원 공통의 희망과 요구를 반영함으로써 모든 사람에게 정의의 구현을 보장하게 된다. 보건의료법규 역시 이러한 법의 속성을 통해 국민의 건강권을 보장하도록 그 역할이 요구된다.

2) 보건의료와 법의 관련성

국민의 건강을 확보할 수 있는 수단을 강구하는 일이 중요하며, 그 중요한 수단이 법에 의한 해결방법이다. 보건의료의 발전은 양식있는 사회여론에 의해서도 이루어졌으나 보건의료법의 강제적 권한에 의해 촉진되었다고 본다. 보건의료법은 보건사업의 효율증진 및 의료질서 확립에 도움을 주었을 뿐만 아니라 국민보건향상에 기여하였다.

그동안 의료전문가들은 법에 대한 이해가 부족하였으며, 동시에 법률가들 또한 보건의료문제에 대한 관심이 적었다. 국민의 건강에 도움이 되기 위해서는 양 분야의 서로에 대한 깊은 이해와 긴밀한 협조관계가 교육을 비롯하여 문제해결의 영역에 이르는 모든 단계에 걸쳐 이루어져야 한다. 또한 국민의 건강 문제 해결을 위한 법규정의 미비를 비롯하여 새로운 법규정의 잠재개발 가능성에 대한 면밀한 검토가 필요하다(Johnson S, 1784).

1966년 WHO의 보건대학원 원장 회의(Conference of Directors of Schools of Public Health)에서는 법은 보건행정의 필수적 요소로서 보건의료증진을 위한 다양한 활동의 통제 및 그의 수행의 용이성을 위한 수단으로 인식되어야 한다고 지적하였다. 실제 여러 보건의료기관에서 이루어진 활동들은 법에 기초를 두고 있으며 하나 내지 다수의 법적 강제력에 의해 수행되는 것이다. 최근에 여러나라에서 보건의료 관련법규 제정에 관심이 점차 증대되고 있음을 몇몇 전개양상을 통해 살필 수 있다(Jayasuriya DC, 1995).

첫째, 여러 국가들이 자신들의 보건입법 체계를 정밀하게 검사하는 계획적인 시도를 해 왔다. 여러나라에서 수십년 동안 법령집에 남아 있던 많은 법률과 규칙들을 비판적으로 검토하거나 폐지하고 또는 수정해왔다.

둘째, 어떤 국가들은 보건의료법규의 검토를 국립 보건위원회 같은 기구의 기능에 포함시켜 이를 제도적으로 보장하였다.

셋째, 여러 국가들이 보건의료 입법분야의 보건행정가를 육성해왔다. 보건 입법에 대한 관심이 증가하는 데 대한 반응으로, 세계보건기구(WHO)의 서태평양지역위원회의 41차 회의에서 기술적 토의의 주제로 보건의료 입법이 선정되었다. 이를 통해 보건관련 법률이 검토되고 입안하는데 활용될 수 있는 접근방식들이 세부적으로 분석되었다. 그래서 서태평양지역 뿐만 아니라 다른 WHO지역에도 역시 적합하도록 보건의료법규의 제·개정 에 관한 접근방식을 좀 더 체계화하고 있다.

3) 보건의료에 대한 법적용의 당위성

의료에 대한 법의 규제에 대해 의료인들은 의료행위가 전통적으로 전문가로서의 양심과 윤리에 입각하여 이루어져 왔으므로 일반적인 추상적인 특성을 갖는 법규에 의해 규제되는 것은 적당치 않다고 볼 수 있다. 또한 의료에 대한 과도한 입법적 통제는 결과적으로 수동적이고 방어적인 의료를 낳게 될 것이라는 우려를 가질 수 있다. 법적규제에 대응하는 의료인들의 소극적인 의료가 결국 환자에게 오히려 불리하게 작용한다고 볼 수 있고 의료인들은 의학이란 명확한 기계론적 법칙이 적용되는 자연과학으로서 규제를 위주로 하는 법학이 개입할 여지가 없다고 보는 경향도 있다. 이와같은 의학관은 인간을 정신과 육체가 결합하여 이루어진 존재로 파악하여 생명체내의 모든 현상을 기계론적으로 파악하는 생의학적 모델³⁾로서 의학이 세포와 분자 메커니즘 지식에 근거해 의약품과 백신의 개발, 각성제와 호르몬의 발견등에 기여함으로써 결국 많은 생명을 구하였다는 점을 강조한다.

반면에 법률가들은 의료는 사회적 관계 속에서 이루어지는 것으로 언제까지나 법과 유리된 영역으로만 남아 있을 수는 없으며, 의사에게 요구되는 신분상의 윤리는 법적 측면에선 법적 의무로 규정되지 않을 수 없다고 본다(안동준, 1989).

의료에 관한 분쟁조정 현실적인 최후, 최고의 담보자로서의 법률가의 지위가 의료행위의 전문성으로 인하여 불안정한 경향을 띠는 점을 주목할 필요가 있다. 즉 소송과정상 의료인의 자기집단 이해에 기초한 감정에 끌려감으로써 국민의 불신을 받을 가능성이 있는 것이다. 의학의 자연과학성 만이 강조될 때는 건강에 대한 총체적, 사회적 접근이 불가능하며 의학의 사회성 내지 공익성을 추구하기 어렵게 된다.

또한 현실적으로도 의학의 실천과정인 의료가 갖는 많은 위험을 예방하기 위해서는 의료행위가 규제되어야 한다. 이러한 규제를 통해서 국민의 생명과 권리가 보호될 뿐만 아니라 의료인의 자질향상이나 의학 및 의료기술의 발전을 도모할 합리적이고 합법적인 기준의 모색이 가능한 긍정적 측면이 오히려 있는 것이다(문국진, 1982).

보건의료와 법의 관련성이 뚜렷하고 보건의료분야에 대한 법적용의 당위성은 크지만 실제로는 법이 충분히 적용되고 있지 못하다. 예컨대 입원환자의 경우 진료의 질, 양적 수준의 개선과 의료이용의 편의성 증대와 관련한 보건의 문제와 더불어서, 입원환자의 사고, 재해 및 진료비 보상(배상)등의 문제를

주3) 생의학적이라 함은 인간을 정신과 육체가 결합하여 이루어진 존재라 파악하고 인간 및 생명체내의 모든 현상은 수학적 방법을 토대로 한 연장, 운동, 정지의 개념으로 기계론적인 설명이 가능하다고 본 데 카르트의 이분법적이고 기계적인 생명관에 근거한 것으로 의료의 대상을 육체로 한정시키게 되었으며 질병을 이 기계의 고장의 결과이며 정복되어야 할 적으로 보는 협소한 질병관을 초래하였다.

다들 법률적 서비스의 요구가 많은데, 실재는 법률서비스의 이용 측면에 많은 취약점을 안고 있다. 법률 문제의 상대자에 비해 환자는 활동력이 제한되어 있으며 의료의 내용에 무지한 경우가 많기 때문에 상대적으로 약자의 입장에 선다. 법적 보호에 접촉할 기회가 적다는 점이 의료분쟁의 경우에는 감정적 적대감과 폭력에 의존하는 성향을 띄게 하는 원인의 일단이 되기도 한다. 법적 서비스를 제대로 받기 위해서는 법률적 조언이 필요하다거나(Curran BA, 1978), 무지와 빈곤이 문제된다거나(Cass M, Western J, 1980), 이용자와 법률가를 연결시켜주는 효과적인 사회제도의 도입(Zander M, 1978) 등으로 법률서비스요구의 미충족 요인이 다양함이 지적된다(정두채, 1990).

보건의료서비스와 관련된 법률서비스를 받는 데는 위의 다양한 문제들이 장애요인으로 작용하고 있음을 어렵지 않게 예상할 수 있다. 그럼에도 일차적으로 국민이 소위 건강권을 제대로 누리기 위해서는 의료의 포괄적인 보호장치라 할 수 있는 적절한 의료법규가 필요하다.

보건의료의 문제에 법규가 적절히 적용되는 것이 불특정한 인구의 건강권과 환자에 대한 법적보호의 관건이 되며, 그래야만 보건의료의 관계당사자 모두가 법의 효과를 신뢰할 수 있게 될 것이다.

IV. 의료법규의 검토

1. 의료법규의 내용

1) 의료법규의 범위

보건의료법은 보건의료 및 복지에 관계된 삶의 질 문제를 다루는 광범위한 영역의 법률이 망라된다. 광범위한 영역에 걸친 보건의료법은 국민의 보건 및 의료향상에 기여함을 목적으로 하는 모든 법규를 지칭한다 할 것이다. 이들은 의학 및 공중보건의 발달과 더불어 계속 변화, 발전하고 있어 과거에 보건 의료법규가 관장하던 영역은 현재와 많은 차이를 보인다. 보건의료법규에서 다룰 수 있는 주제는 대략 30개 정도가 거론된다(Jayasuriya DC, 1995). 헌법에 의한 보건의료에 관한 권리의 보장과 입법책임의 분리, 보건의료 관련 국제조약, 협정, 복수의 의료체계의 조정, 보건의료 조직, 행정 및 의료설비와 서비스, 보건의료의 경제적 측면, 부문간 협력, 지역사회 참여, 보건의료의 연구, 교육, 보건인력, 질병 관리와 의료, 공중위생, 가족보건과 복지, 출산과 인구정책, 특수집단의 관리, 정신보건, 구강보건, 알콜, 약물, 담배 등의 기호품 규제, 윤리문제와 전문가 책임, 장기이식, 영양과 식품안전, 소비자 보호,

의약품, 화장품과 의료장비, 독물, 농약 및 기타 유해물질, 직업보건과 안전, 환경오염, 방사능으로부터의 보호, 사고예방, 축산물과 식물, 스포츠, 레크레이션, 보건정보와 통계 등이 이에 해당된다.

보건의료법의 근거법으로서 국민의 건강을 보장하기 위하여 헌법은 여러 규정을 두고 있다. 즉 전문에서 실질적 평등사회 건설의 이념을 계승하고 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다 라고 하며 기본권 보장의 원칙을 선언하고 제34조 1항에서 '모든 국민은 인간다운 생활을 할 경우를 가진다' 라고 함으로써 생존권적 기본권 보장의 대원칙을 선언하고 있으며, 제36조에서는 혼인과 가족 및 보건에 관한 권리를 규정하고 있다. 보건의료법은 위의 헌법규정에 근거하여 제정된 것이며, 헌법 36조에 의하여 의료법 등의 법규가 제정되었다.

우리나라의 실정법상 의료에 해당되는 법률에는 가장 기본적인 의료법을 포함하여 의료기사등에 관한 법률, 시체해부및보존에 관한 법률, 혈액관리법, 전염병예방법, 결핵예방법, 마약법, 검역법, 후천성면역결핍증예방법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법, 지역보건법, 의료보호법, 의료보험법 등이 포함된다.

보건의료법의 주체영역은 다양하여 앞에서 지적한 것처럼 30여개에 이르지만 본 연구에서 보건과 의료를 구분하며 약, 환경 및 의료복지 등을 의료의 외부요인으로 간주하여 의료질서유지를 위한 법제에 국한하여 논의하고자 한다. 이렇게 범위를 한정하면 의료법규는 의료행위의 주체로서 의료인을 위시한 의료관계인, 의료행위의 수단과 장소로서의 의료시설, 장비 및 의료기관 그리고 의료의 관리를 포함한 의료제도 등을 다루는 법규로 정의된다. 실정법상에서는 의료법, 의료기사등에 관한 법률, 농어촌보건의료에 관한 특별조치법, 응급의료에 관한 법률 등이 이에 해당한다.

2) 의료법의 근거와 규정사항

헌법 제36조 제3항의 「모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다」는 보건의 보호에 관한 규정은 의료법의 존립근거가 된다. 헌법규정에 인용된 「보건」이란 용어로 인해 헌법학자들은 「보건권」이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 보건과 의료는 모두 건강을 위한 활동들로 보건은 원래 보건위생이라 함이 정확한 용어로 생활환경과 자연환경을 청결히 하고 건강을 유지, 조장하는 일을 의미하였고 의료라 함은 질병을 치료하거나 직접 예방하는 행위를 의미하는 것으로 서로 구분해 왔었다. 따라서 국민의 바람직한 건강의 보호를 위해서는 보건위생 뿐이 아니고 의료를 통해서도 균형되게 건강에 관한 권리가 보장되는 것이 타당한 만큼 「건강권」이란 용어의 사용이 적절하다고 할 것이다.

의료법은 의료관련 법규체계에서 가장 근간이 되는 모법으로서, 그 아래에 시행령 및 시행규칙을 두

며 기타 의료관련 세부법령의 근거가 되는 기본법으로서 기능한다. 이 법은 「국민의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호증진함」을 목적으로 하여 제정·공포되었다. 1951년 9월 25일 국민의료법으로 제정되었으나 1962년 3월 20일 의료법으로 명칭이 바뀌어 개정되면서 오늘에 이른다.

의료법은 모두 7장 72조 부칙으로 되어 있는데 그 내용은 제1장 총칙으로서 「목적」, 의료행위의 주체로서 「의료인」과 의료행위의 제공장소로서 「의료기관」에 관해 규정되어 있으며, 제2장 의료인에는 자격과 면허, 권리와 의무, 의료행위의 제한 및 의료인 단체 등에 관해 규정되어 있다. 제3장 의료기관에는 의료기관의 개설, 의료법인에 관한 규정을 두고 있다. 제4장 의료광고, 제5장 감독, 제5장의 2분쟁조정, 제6장 보칙, 제7장 벌칙 등으로 구성되어 있다.

2. 의료법의 법적 성질

의료법은 행정법의 성질을 띤 것으로 원래 국가의 경찰목적에 그 기초를 두고 있다. 이들은 경찰작용법인 것이고, 이러한 작용은 국민에게 금지(Verbot)의 형태로 나타나는데, 일정한 경우 이 금지를 해제하는 말하자면 허가(Erlaubnis)를 유보한 금지인 것이다(Maurer H, 1983). 행정의 원리이며 법의 정신이기도 한 이러한 논리 하에서 특정인에게만 의료행위가 허용되는 것이다. 즉 어떤 행위 자체로서는 반드시 사회장해가 되는 것은 아니지만 그것을 행하는 사람, 장소, 설비, 시기 또는 방법의 여하에 따라서는 사회장해가 될 우려가 있는 경우에 그러한 행위의 허가를 유보하여 일반적으로 금지한 후 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 그 금지를 해제하여 주는 것이다(박윤흔, 1996).

이에 대하여 최근 약해로부터에 의한 국민의 보호와 국가의 책임문제에서 이들 의료법이나 약사법을 경찰법적으로 파악할 것이 아니라 급부행정 중의 사회보장행정에 포함시키자는 견해가 있다(成田頼明, 1970). 경찰법적으로 파악하게 되면 의료법이나 약사법이 개개 국민의 생명과 건강을 위한 규제권을 가진다고 하는 법목적의 부정되는 것으로 단지 사회방위질서 유지의 견지에서 국민일반의 건강증진문제를 과제로 하는 것일 뿐더러 장해상태의 정도가 평균적 일반인의 사회적 양식으로 보아서 수인할 수 없는 것만을 규제하는 것이 된다. 이런 식의 사고는 의약품을 의약품이라고 하는 사물의 본성(Natur der Sache)에 의하여 포착한 것이 아니라 사회에 위대한 물질로 설정하여 이에 대한 대비책을 강구하는 차원이다. 또 형식론적인 법규범 형태만으로 법인식의 지표를 완성할 뿐이며, 법규를 이의 존재사유로 된 사물의 성질을 기반으로 하여 해석하는 것이 아니라는 비판에 따른 것이다(下山英二, 1985). 이는 매우 근거있는 견해로서 일견 타당성이 인정되지만 실정법은 전통적 견해를 따르지 않을 수 없다(김병곤,

1985). 근본적인 논리라면 몰라도 의료인의 면허에 대한 규제를 실효성있게 하도록 법적 성질을 확보. 기능토록 하는 데는 전통적 견해로도 무방하다고 보아지기 때문이다.

국가는 경찰목적하에 경찰허가(Polizei Erlaubnis)를 특정인에게 주어서 원래의 자연의 자유를 회복시켜 어떤 종류의 영업을 할 수 있도록 한다. 이에 허가를 받는 자의 지위는 어떤 권리를 국가에 대하여 갖는 것이 아니고 국가가 그 자에 대하여 특정의 의무를 부과하거나 의무를 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하는 명분적 행정행위로서 허가를 받은 의사가 공법상 주관적 권리를 갖는 것은 아니다(田中二郎, 1983).

그러므로 일반적으로 경찰허가는 금지의 해제(Aufhebung der Verbotes)이며 자유의 회복(Wiederherstellung der Freiheit)에 불과하고 직접 권리를 설정하는 것은 아니라는 점에서(김도창, 1983) 명령적 행위이다. 허가를 받는 자의 독점적 이익은 타인에게 허가를 해서는 안된다는 것을 주장할 수 있는 권리를 의미하는 것은 물론 아니고 경찰상 함부로 허가를 하지 않겠다는 자기제한의 결과에서 생기는 반사적 이익(Reflexgut)일 뿐이다(윤세창, 1981). 예컨대 공중목욕장 영업허가로 인하여 받는 이익은 반사적 이익에 불과하여 인근에 다른 자에 대한 신규허가를 함으로써 사실상 불이익을 받더라도 기존업자는 신규허가의 취소를 구할 소의(訴益)가 없다(대판 1955. 7. 8. 4287 행상 30 ; 대판 1985. 2. 8. 84 누 369).⁴⁾

또한 법령이 허가(면허)를 받는 자에게 일정한 의무 즉, 진료의무(의료법 제16조), 적출물 등의 처리의무(동법 제17조), 진단서 등의 교부의무(동법 제18조) 등을 과하는 경우가 있으나, 이 경우의 의무는 허가의 효과가 아니라 당해 법령의 직접적인 효과로서 도출되는 것이다(이상규, 1984).

이에 대하여 특허(Verleihung, Konzession)는 본래 각 개인의 자유에 속하는 영업을 법령에 의하여 일반적, 상대적으로 금지하는 반면에 특정자에 그 금지를 해제함과 동시에 당해영업이 공공의 복지에 밀접한 관계를 가지기 때문에 특허업자는 당해기업의 경영권을 부여받음과 함께 그것을 실시하기 위한 특별권리를 부여받고 의무도 부담하게 된다(김도창, 1982). 그런데 허가도 단순한 자연적 자유의 회

주4) 이러한 경찰허가의 효과에 대한 일반적 견해와는 달리 오늘날은 경찰허가로 받은 이익도, 그것이 침해되는 경우 행정쟁송으로 구제받을 수 있는 법률상 이익으로 보려는 경향이 현저하다는 주장이 최근 제기되고 있다. 그 논거는 대략 세가지가 된다. 첫째 오늘날 항고소송의 제기요건으로 권리의 침해가 있을 것을 고집하지 아니하고, 법률상 이익의 침해가 있으면 충분하다고 보고 있으며, 실제 행정심판법과 행정소송법은 이를 명문화하고 있다는 점(행정심판법 제9조, 행정소송법 제12조), 둘째 오늘날에는 종래 단순한 반사적 이익으로 여겼던 것 중에도 행정심판이나 행정소송으로 구제받을 수 있는 법률상 이익이 있다고 보는 견해가 많아졌다는 점, 셋째 오늘날은 특허와 허가를 상대적으로만 구별하는 견해도 유력하다는 점 등이 그것이다(박윤훈, 1996).

복이 아니라 헌법상의 기본권을 적법하게 행사할 수 있게 하여주는 행위, 즉 법적 행위의 설정행위라는 점에서는 오히려 형성적 행위로서의 성질을 갖는다(김동희, 1996)고 보아 특허와의 구별이 상대적임을 알 수 있다. 그러나 이러한 설명의 타당성이 인정된다 할지라도 허가는 특허처럼 새로이 권리능력을 적극적으로 부여하는 것이 아니라 본래 개인이 잠재적으로 가지고 있는 권리에 대한 제한을 풀어 현재화 시킨 것이므로 특정한 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하는 행위인 특허와 차이가 있다(이상규, 1984).

요컨대 의료법은 경찰작용법의 성질을 가지며 의사의 지위는 이 법에 기초한 허가(면허)를 받은 자로서의 지위인데 그것은 국가가 권리로서 의사에게 진료권을 설정하여 준 것이 아니고 허가와 동시에 의사에게 법령상 의무를 과하므로서 국민은 반사적 이익을 누리는 것에 불과한 것이다. 다시 말하면 의사가 갖는 지위는 주관적 공권으로서 진료권을 갖는 것이 아니다.⁵⁾

3. 의료법규의 문제점

1) 법규내용의 미비

의료법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호·증진하기 위한 목적으로 제정되었다(법1조). 국민건강의 구체적 내용을 담보하지 않은 채 규정된 본조는 형식적인 규정으로 볼 수 있다. 일본의 의료법이 「목적」규정을 구체화하기 위해 제시한 「의료제공의 이념」규정(1992년 7월 1일 개정 일본 의료법 제1조의 2)과 비교해 보면 우리나라 의료법이 상대적으로 법제정의 목적을 추상적으로 규정하고 있음을 알 수 있다. 우리나라 의료법 제1조의 「목적」규정에 언급된 「국민의료」와 「의료의 적정」 등의 의미가 너무 추상적으로 구성되어 있다. 헌법 제35조 제1항의 「국민의 인간다운 생활을 할 권리」와 동법 제36조 제3항의 「국민의 보건에 관한 국가의 보호」에 관한 규정이 실효성있도록 이들 규정의 구체적 하위법률인 의료법에서 국민의 건강에 대한 국가의 의무와 의료제공자의 의무 및 국민의 건강을 위한 여건의 조성 등에 관한 구체적인 언급이 필요한 것이다.

의료제공자와 소비자의 상호신뢰관계에 기반한 양질의 적절한 의료제공, 질병의 예방에서부터 재활에 이르는 포괄적 의료제공, 관계자의 의무로서 양질의 적절한 의료의 효율적인 제공체계확립을 위한

주5) 진료권을 갖지 않는다는 것은 권리로서 국가에 대한 것이며 사인과 의사와 약사의 관계에서는 진료권, 수약권(授藥權)이 권리로서 확보되어 있음은 물론이다(김병곤, 1985).

국가 및 지방공공단체의 의무, 양질의 적절한 의료를 행하는 등의 의료제공자의 의무, 진료 연구 연수를 위한 시설의 상호이용의 배려에 대한 의료시설의 개설자 및 관리자의 의무 등의 규정을 명확히 설정할 필요가 있다. 국민의 의료에 대한 권리의 구체적 규정 및 이의 보장을 위한 관계자의 구체적 의무규정 등을 통해 「권리의 부여」라는 법의 기능에 충실해야 한다. 이를 통해 「형평성, 효율성 및 사회정의」라는 법적 이념을 구현하는 것이 타당하다.

현대의 의료의 문제 중 가장 중요한 것 중의 하나가 성인병 및 노인건강의 문제인데 이들 역시 의료의 제공과 관련되어 있는 만큼 의료법에 체계적으로 그 위상을 정립해 놓음으로써 관련 타 법규와의 연계성을 갖게 할 수 있을 것이다. 이는 시대에 맞는 적절한 의료프로그램과 활동을 승인하고 증진하며 확장한다는 관점에서 논의될 수 있을 것이다. 「의료의 승인프로그램」과 「의료서비스의 자원을 통제하는 기능」은 형평성, 효율성, 사회정의의 관점에서 의료의 발전과 관련하여 검토되어야 한다.

의료기관의 종별에 따르는 시설, 장비의 기준, 규격, 의료인의 정원 기타 의료기관의 운영에 관한 사항(의료법 32조), 의료광고(의료법 46조) 등의 비현실적인 규정 등도 의료의 질의 보장의 관점에서 현실성있게 개정되어야 한다. 우리나라는 민간위주의 자유시장 개념에 입각한 의료공급체계를 운영해온 역사적 현실을 받아들여서 의료기관의 자율경영을 존중하는 시각에서 의료광고 및 의료기관 운영에 관한 규정을 다듬는 것이 바람직하다. 이는 의료법 자체에서 의료기관을 의료 조산의 업을 하는 곳으로 규정하고(제3조) 있기 때문에 그러하다.

의료분쟁조정에 관한 제5장의 2의 7개의 조항은 현재로서는 거의 사문화되었다. 우리사회의 격증하는 의료사고 및 의료분쟁의 발생상황 속에서 분쟁조정 규정의 중요성은 몹시 중요하다. 본 규정들과는 별도로 의료분쟁에 관한 특별법으로서 「의료분쟁조정법」을 몇 년간에 걸쳐 제정코자 보건복지부에서 노력했지만 계속 무산되었다. 환자의 건강권에 대비되는 의료인의 소위 「의업권」을 보장하느라 「형사처벌 특례」 「제3자의 개입금지」 「난동행위 금지」 등의 규정을 본 법에 별도로 규정함으로써 환자의 건강권을 해칠 여지가 크다는 지적에 대한 논란이 많으며, 손해배상 및 보상을 위한 재원조달과 관련한 논의, 특히 무과실보상에 대한 국가의 기여에 대해 논란이 많다. 이제는 의료사고로부터 국민의 건강권을 보장하여야 할 당위성이 현실적으로 그 어느 때보다 크다. 시점에서 관련규정을 특별법으로 마련하든 의료법속에서 재정비하든 의료분쟁관련 법규의 제정이 시급하게 이루어져야 한다.

의료법의 법적 성질에서도 살핀 것처럼 의료인의 의료행위에 대한 전속적 권리(의료법 제25조)는 국가가 의사에게 주권적 공권으로서 부여해 준 것이 아니고 국가가 의료인에 대하여 일정한 의무를 부과하거나 의무를 해제하여 적법하게 일정한 사실행위나 법률행위를 할 수 있도록 해준 것에 불과하다. 진

료권의 보장차원에서 적절한 진료환경의 확보를 위해 거론되는 의료분쟁조정법상의 「난동행위금지」, 「형사처벌특례」 및 「제3자개입금지」는 의료인 면허에 따른 진료권이 국가가 부여한 주권적 공권으로 인정될 때에나 설정.가능한 권리들이라 여겨져 부당성에 대한 지적을 면할 길이 없다. 한편 이는 의료인의 새로운 권리를 설정하는데 따른 기존의 환자의 건강권에 대한 중대한 침해의 가능성을 배제할 수 없다. 궁극적인 의료분쟁조정을 위하여 재원조달이 무엇보다 중요한데 사회전체적인 조달가능성, 사회형평의 관점에서 무과실보상제도의 적극적인 도입을 고려하여야 할 것이다.

최근 심각한 대립을 보이고 있는 한약분쟁 등의 문제가 내포하고 있는 의료분야 직역간의 합리적인 기능에 대한 규정의 필요성 역시 그 어느 때보다 크다. 실제로 이루어지고 있는 한방의료를 법적으로도 그 위상에 맞게 정립하는 것이 필요하다. 이를 위해 새로운 의료 프로그램의 승인기준과 절차가 규정되어야 한다. 한방의료 이외에도 의사 약사 간, 한의사 한약사 간, 의사(한의사, 치과의사) 의료기사 간의 기능의 분화 및 조정에 관한 기준과 절차를 합리적으로 규정함으로써 의료관련 행위자의 권리와 의무를 명백히 하여야 한다.

또한 국민의료보장 향상을 위해 전문병원, 요양병원, 집단개원, 주치의 등록제, 보호자 없는 병원 등의 새로운 의료제도를 도입하는 근거규정이 적극적으로 도입되어야 할 것이다. 질적 내용의 제고와 바람직한 의료의 제공의 차원에서 현대의 다양화되는 의료기관의 변화양상을 규모와 의료내용을 중심으로 단순하게 구분된 의료기관의 규정만으로는 포괄할 수 없다는 한계를 보인다. 집단개원이나 주치의제도 등의 새로운 의료제도에 대한 규정 역시 적극적으로 검토되어야 한다. 이들 내용을 규정함에 있어서는 사회정의의 관점에서 도입되되 재원조달의 현실적인 점을 감안할 뿐만 아니라 규모의 경제 또한 고려하여야 한다.

1951년 9월 25일에 「국민의료법」으로 제정되어 1962년 3월 20이리에 「의료법」으로 명칭을 개정한 이래 의료법에 보완된 내용은 주로 의료인 의료기관에 관한 사항이며 의료 또는 의료행위의 법적 개념이나 의료이용자로서 국민의 권리보호에 관한 사항은 다루어지지 않았다.⁶⁾

따라서 사망 출생의 한계와 기준, 의사선택권의 보장 또는 제한기준, 의료의 질 보장에 기본적 요소인 면허된 의료행위의 범위와 같은 사항의 입법이 불비하다. 의료법 제정 이래 1973년 2월 16일에 전문 개정된 것을 빼고는 25년이 넘도록 시대상황의 변화에 맞추어 의료법을 전반적으로 개정된 적이 없다. 심지어 강제적용형 사회보험으로 의료보험제도가 도입될 때에도 보완되지 않아 현행 의료법규에는 의료에 관한 모범으로서의 입법불비사항이 많고 규정내용이 불충분하다.

첫째, 의료행위의 가격(의료수가)과 지불방식의 원칙적 기준이 없다.

둘째, 의료기관 운영의 시장경제원칙(제3조)에 위배되는 요양취급기관 강제지정 및 진료비심사를 용인하는 규정이 없다.

셋째, 의료기관 운영의 공익성 원칙이 공시되어 있지 않다.

넷째, 응급의료, 요양의료, 재택의료등 특수의료행위의 근거나 농어촌의료에 관한 특별 조치의 근거가 없다.

다섯째, 의료보장개혁의 일환으로 추진되고 있는 의료기관서비스평가제도의 근거가 없다.

응급의료의 문제점을 해결하고자 1994년 1월 7일 「응급의료에 관한 법률」이 의료법과 별개의 법률로 제정·공포되었으나 여전히 많은 보완점이 지적되고 있다. 정부의 기능을 보완할 응급의료 전문기구의 설치, 응급의료자원의 양적 확대 및 질적 향상을 위한 투자확대, 합리적인 정책결정을 위한 평가 및 모니터링 체계 구축, 응급의료 관련기준, 지침 및 프로그램 개발 등의 응급의료체계 개선에 대한 제안이 있다(보건의료관리연구원, 1996). 이에 대해 적극적인 검토를 통한 적절한 법규의 보완이 요망된다.

최근 지역보건의료기관의 설치·운영 및 지역보건사업의 연계성 확보에 필요한 사항을 규정함으로써 보건행정을 합리적으로 조직·운영하고, 보건시책을 효율적으로 추진하여 국민보건의 향상에 이바지함을 목적으로 기존의 보건소법을 전면 개정하여 지역보건법이 제정되었다. 지역보건의료계획의 수립 및

주6) 1951년 9월 25일 국민의료법으로 제정 공포되어 1962년 3월 20일 의료법으로 명칭을 변경한 이래 1991년 12월 14일 제10차 개정에서 이르기 까지 여러차례 동법의 개정이 있었다. 1962년 3월 20일 제1차 개정에서 의료기관 명칭변경 등이 있었고 1963년 12월3일 제2차 개정에서 한의사국가시험의 응시 자격을 국공립 대학교의 의과대학에서 의과대학과정중 최종 2년간 한방의학과와 한의학을 전공한 한의학사만이 한의사 국가시험에 응시할 수 있게 한 것을 국, 공, 사립을 불문하고 의과대학 한방의학을 전공한 한의학사에게만 응시자격을 부여하였다. 1965년 3월23일 제3차 개정에서는 의료인의 보수교육제도 신설 등이 있었다. 1973년 2월 16일 제4차 전문개정에서는 의료심의회와 의료심사위원회의 명칭변경 등이 있었다. 1975년 제5차 개정에서는 전문의 의료유사업자 등의 자격확대인정(제55조 제2항, 제57조 등) 1981년 4월 13일 제6차 개정에서 의료분쟁을 의료기관 스스로 해결하도록 분쟁조정 제도의 신설(제5장의 2 신설) 1981년 12월 31일 제7차 개정에서는 의료심사위원회 제도를 폐지하고 의료심사조정위원회를 신설하였으며 1986년 5월 10일 제8차 개정에서는 한의사, 한약, 한의원등의 명칭의 한의사, 한약, 한의원으로의 변경(법 제2조 등) 등이 있었다. 1987년 11월 28일 제9차 개정에서 의료인 중 조산원, 간호원, 간호보조원의 명칭을 각각 조산사, 간호사, 간호조무사로 변경하고 한의사의 임무에 한방보건지도 임무추가(법 제2조) 등이 있었으며 1991년 12월 14일 제10차 개정에서 신규 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 위배에 따른 면허취소 사항(제52조)이 있었다. 1994년 1월 7일 제11차 개정에서는 의료기관의 종별에 요양병원을 신설하여 만성병환자 등 장기요양환자에게 저렴한 의료서비스를 제공할 수 있도록 하고, 종합병원의 규모를 80병상에서 100병상 이상으로, 병원급 의료기관은 20병상에서 30병상으로 상향조정하였으며 의료인은 환자가 검사기록이나 방사선필름 등의 사본의 교부를 요구한 때에는 이에 응하도록 하는 등의 내용 변화가 있었다. 이상의 의료법 개정내용은 의료인의 자격보호나 자체적 분쟁조정 등이 주된 내용이다.

보건소기능의 현실화와 질의 제고 등이 그 주된 내용이다. 전문가들의 오랜 기간동안의 연구,논의를 통해 야심적으로 제정된 법이지만 나름의 문제점을 안고 있다. 지역보건의료계획 수립이 지역적 특성을 감안하여야 함에도 중앙정부차원의 간섭이 우선하기 쉽게 되어 있다는 점이 지적될 수 있겠다. 또한 보건소나 보건지소의 업무를 위탁하거나 대행할 수 있도록 함으로써 지역마다 기본적인 의료제공의 내용이 자치단체의 재정력이나 보건의료의 우선순위 선정 등의 차이에 의하여 현격한 차등을 보일 가능성을 안고 있다.

2) 법규체계의 불완전성

법률은 단순히 조문이 모여진 것이 아니고 법규범의 통일체로 이루어져 하나의 체계, 소위 법의 체계 (legal system, Rechtssystem)를 이룬다. 개개의 법을 지칭하는 법규범이 무조직, 무질서한 것이 아니고 하나의 통일된 성격을 이루고 있다. 법은 체계를 이룸으로써 법제정 당시의 정치, 경제, 사회적 제 모순과 갈등구조 속에서도 통일성을 견지할 수 있는 것이다. 이렇게 됨으로써 법의 해석과 적용상의 혼란을 피할 수 있을 뿐만 아니라 법의 일관된 발전을 기할 수 있는 것이다. 법의 체계는 관찰방법에 따라 그 존재양식, 효력발생, 기능, 내용 등의 표준에 따라 다양하게 설명될 수 있다.

먼저 법의 체계로서 일반적으로 거론되는 것으로 특정의 단행법이 국내법과 국제법 중 어디 속하느냐, 국내법에 속한다면 공법과 사법, 그리고 사회법 중 어디에 속하느냐 하는 문제를 들 수 있다. 헌법, 헌법. 행정법. 형법은 공법 중에서도 실체법에 속하고 민사소송법과 형사소송법은 그 중 절차법에 속하며, 민법과 상법은 사법에 속하며, 노동법, 경제법, 사회보장법은 사회법에 속한다는 것은 일반적인 견해이다. 이들을 구분해야할 필요성은 보호법익의 차이에서 찾을 수 있으며 이로 인해 법원리의 적용을 달리한다 할 것이다. 국가적 공법질서와 이와는 구분되는 사적 자치, 그리고 현대에 와서 새롭게 국가의 사적 영역에 대한 간섭의 강조로서 소위 사법의 공법화 경향 등이 각각의 법역에 반영된다.

따라서 본 연구에서 검토대상으로 하는 의료법규가 어떤 법역에 속하며 그 추구해야 할 가치가 무엇인가를 밝히는 것이 중요하다. 그러나 의료법규가 이들 체계 안에서 어디에 속하는가 하는 문제는 간단하지 않으며 법역을 구분하는 실익이 크지 않다. 오늘날 중요성이 증대되고 있는 세법, 저작권법을 포함한 무채재산법, 환경법 등의 위치가 명확치 않은 것과 마찬가지이다. 앞으로 현재에 생각하지 못한 영역에까지 법이 규율하여 법역을 형성하게 될 것이다. 이 상황에서는 의료법규의 공, 사법의 구별여부를 일일이 논할 필요가 없다. 일의적이고 획일적으로 그 법역을 구분할 것이 아니고 의료법규가 탄생한 배경을 살펴 다양한 법역에 걸친 특성들을 잘 조화시키면 될 것이다.

의료법규에 있어서 문제가 되는 것은 상하위 법령 간의 체계이다. 법률은 헌법, 법률, 명령, 규칙 등의 법단계를 이루고 있어 하위법령은 상위법령의 지배를 받는다. 입법기술적으로 상위법령에 규정되어야 할 내용이 하위법령에 규정된다든지 또는 그 반대의 경우등은 곤란하다.

의료법은 의료분야의 모법으로서 포괄적인 내용들을 규정해야 한다. 사회의 다변화와 시대의 발전에 따라 과거에 비해 많은 수의 보건의료관련 법규들이 새로이 제정·개정되고 있는 현 시점에서 의료법은 기타 법규들과의 체계상 모법으로서의 위상을 갖추어야 하나 현재로선 그렇지 못하다. 따라서 관련 법규들과의 규정범위나 내용이 상충될때 우선적용의 순서 등에 혼란이 있는 것이다.

의료법에서 의료기관의 개설, 운영에 대하여는 의료기관의 종류별로 일정한 요건을 충족하면 개설할 수 있는 것으로 되어 있어 시장경제의 원칙을 따른다(의료법 제3조, 제30조)고 볼 수 있는 반면 의료보험법에서는 요양기관의 지정이 강제되고 있어(의료보험법 제32조) 정부주도의 강제주의원칙의 적용을 받는 등으로 단행법의 지배원칙의 불일치를 보인다.

의료법은 의료의 제공과 관련한 의료인력과 의료기관을 중심으로 규정하고 있는데 가장 근간이 되는 법으로서의 위상정립이 요망된다. 그런데 최근에 지역보건법과 국민건강증진법 등이 제정, 공포되면서 각각 지역보건의료계획의 수립과 건강증진계획의 수립에 관한 내용들이 포함되어 의료법의 내용과 혼란의 가능성을 안고 있다. 예컨대 지역보건의료계획의 내용중에 보건의료에 관한 장단기 공급대책, 인력, 조직, 재정 등 보건의료자원의 조달 및 관리 등의 사항은 필연적으로 의료법상의 의료인력의 면허(의료법 제2장 제1절)나 지역별소요병상수의 초과시의 의료기관개설허가의 제한(의료법 제30조 제4항 제1호) 등과 상충성을 보일 수밖에 없는 것이다. 지역보건법과 국민건강증진법도 각각의 법에 있어 중요한 내용인 지역보건의료계획의 수립과 건강증진계획의 수립의 내용이 중복된다.

의료법자체의 위상문제와 관련하여 치과의사, 한의사 및 간호사의 의사이외의 의료인력의 독립 내지 기능 조정의 문제도 본격적으로 다루어야 할 문제이다. 의료기사등에관한법률에 규정된 의료기사의 권한과 의료법에 규정된 의사의 권한이 상충되는 예가 있으며 또한 이 법에 의료기사가 아닌 의무기록사와 안경사에 관련된 규정을 삽입하고 있는 것은 입법편의성에 따른 것으로 보이나 원칙적으로는 문제가 된다.

의료법과 관련하여 법규체계상 고려해야 할 법령은 형법·민법·형사소송법·민사소송법 등의 일반법과 의료분쟁조정법(입법 예정), 뇌사및장기이식에관한법률(입법 예정), 의료보험법, 약사법, 의료기사등에관한법률, 국민건강증진법, 응급의료에관한법률, 정신보건법, 지역보건법, 농어촌등보건의료를 위한 특별조치법, 매장및묘지등에관한법률, 혈액관리법, 후천성면역결핍증예방법 등이다. 이들 법규의 전

반적인 체계의 검토가 필요하다. 예컨대 의료분쟁의 문제와 관련하여서는 의료관계법규에서만 문제가 되는 것이 아니라 민법이나 형법 등의 일반법규와의 체계성도 문제가 되는 것이다(조형원 등, 1995).

한편 법규의 지구상의 문제도 통일성 있게 검토되어야 할 것이다. 예컨대, 의료법에서는 서울특별시, 광역시장, 도지사를 도지사로 약칭하는데 비해 전염병예방법 등에서는 시, 도지사로 지칭하고 있는 현상등이 그 예이다.

4. 의료법규 개정 방향

우리나라 의료의 기본방향을 설정하는 의료법의 전면적인 개정을 통해 몇가지 점이 명확히 반영될 수 있도록 해야할 것이다.

첫째, 헌법에의 합헌성을 유지해야 한다. 건강권은 국민의 기본권의 하나일 뿐 아니라 건강권의 보장을 통하여 국가의 의료질서 내지 의료체계가 형성되기 때문이다. 건강권은 국가가 공권력의 행사를 통하여 개인의 건강을 침해하여서는 아니 된다는 소극적 의미뿐만 아니라, 국민건강을 위하여 필요한 정책을 적극적으로 수립하고 추진하여야 할 의무를 진다는 의미를 다시금 강조할 수 있을 것이다. 이렇게 함으로써 국민의 건강권을 좀 더 구체화하게 되어, 그만큼 복지국가의 이상을 실현하게 될 것이다. 그러나 헌법상에 건강에 관한 권리규정들의 위임을 받아 제정된 많은 규정들이 실효성을 확보할 수 있는 구체적 규정이 없거나 아주 형식적인 규정으로 되어 있다(정영원, 1996).

둘째, 합목적성의 요구를 충족시켜야 할 것이다. 국민에게 양질의 의료(바람직한 의료)를 보장할 수 있도록 바람직한 의료의 요건인 접근성(accessibility), 포괄성(comprehensiveness), 질(quality : optimal care in medicine + optimal care in society), 지속성(continuity), 효율성(eficiency) 등을 갖추게 하는 규정이 마련되어야 한다.

셋째, 의료의 현실을 반영할 수 있는 실용성있는 법규가 될 수 있도록 앞에 지적된 여러가지 사항들을 보완하는 규정이 구비되어야 한다. 전문병원, 개방형병원, 집단개원의, 주치의등록제 등 의료보장개혁의 일환으로 추진되고 있는 제도개혁을 구현하는 규정의 삽입이나 현실성이 없는 의료기관의 시설 인력 요건을 완화하는 기준개정 등의 규정보완이 요구된다.

이러한 법률개정안을 입안하는데 있어서는 시행기전과 필요자원들에 대한 충분한 고려가 있어야 한다. 시행되지 않거나 시행될 수 없는 법률은 기능상의 목적을 달성할 수 없고, 역효과만 낼 우려가 있는 것이다. 한편 지역보건법과 국민건강증진법의 제정과정에서도 살필 수 있는 것처럼 각각의 법규 제정에

있어서 보건의료법규의 전체적인 시각에서의 검토가 미흡했다고 본다. 법안 작성단계에 대한 근본적 검토도 필요하다.

강력한 정책의지와 실행, 열성적인 행정가와 법률집행 공무원, 법률의 타당성과 필요성을 기꺼이 받아들이는 대중, 알맞은 자원의 이용가능성 (인력; 물질적 하부구조: 기술 설비; 재정)의 조건이 충족됨으로써 적절한 입법과 그의 시행을 기대할 수 있을 것이다. 이들 조건을 개정당시 갖추어질 수 없었다면 점차적으로 이를 갖출 수 있도록 하는 사회전체적인 노력이 필요한 것이다.

V. 결 론

의료법을 중심으로 현행 의료법규의 문제점과 개정방향을 도출하였다. 법규의 이념적 요소와 기능적 요소를 분석의 기준으로 이용하였다. 분석결과 현행 의료법규는 규정내용에 있어서 불합리하거나 비현실적인 내용 그리고 규정되어야 할 사항이 규정되지 않은 입법불비의 문제점을 안고 있으며 법규체계에 있어서 의료관계의 모범으로서 기능이 불충분하고 다른 법률과 상충되는 요소를 내포한 것으로 나타났다.

이와같이 의료법규 내용이나 체계가 불완전하게 된 중요한 이유가 법제정 이후 제대로 개정 보완하지 않고 편의적으로 미봉해온 때문인 것으로 파악되었다. 1963년에 국민의료법의 전문개정을 통해 의료법이 제정된 이래 한 번도 보건의료제도의 변화에 맞추어 제대로 개정한 적이 없기 때문이라고 본다.

이제 전국민의료보장제도의 정착기에 들어와 1994년 이래 의료보장개혁을 추진하면서 보건복지제도 개혁을 추진하고 있는 상황에 의료법규의 전면적 보완이 필요한 것으로 인식된다. 의료법을 새로 개정할 때에는 적어도 의료법이 합헌성을 갖추면서 국민에게 양질의 의료를 효율적으로 보장하는 데에 실효성이 있도록 그리고 의료관계법규의 모범으로 기능할 수 있도록 보완되어야 한다.

의료법규가 의료관계 법규의 모범으로서 제대로 기능하게 하기 위해서는 의료법과 더불어 관련 법규도 함께 검토할 필요가 있으며, 보건의료관계 당사자들이 모여 지혜를 모아야 하리라고 본다.

참 고 문 헌

김도창, 일반행정법론(상), 서울, 청운사, 1983 : 184, 308

김도창, 일반행정법론(하), 서울, 청운사, 1983 : 249

- 김동희, 행정법 I, 서울, 박영사, 1996 : 232
- 김병곤, 의약분립의 법적 고찰, 부산, 동아대학교 대학원 법학석사학위논문, 1985 : 21, 38
- 김철수, 헌법학개론, 서울, 박영사, 1990 : 460, 464
- 문국진, 의료의 법이론, 서울, 고려대학교 출판부, 1982 : 33-37
- 문옥륜 외, 한국의료보험론, 서울, 신광출판사, 1990 : 17-19
- 박윤훈, 행정법(하), 서울, 국민서관, 1983 : 242
- 박윤훈, 최신 행정법강의(하), 서울, 박영사, 1996 : 326, 330
- 서원우, 현대행정법론(상), 서울, 박영사, 1983 : 418
- 안동준, 의료행위와 형사책임, 의료사고 처리의 법적검토 세미나 연재집, 1989 : 9
- 윤세창, 행정법(상), 서울, 박영사, 1981 : 206
- 윤세창, 행정법(하), 서울, 박영사, 1981 : 170
- 이상규, 신행정법론(상), 서울, 법문사, 1984 : 252
- 이상규, 신행정법론(하), 서울, 법문사, 1984 : 257
- 정두채, 입원환자 법률상담기능 도입의 필요성, 병원연구, 1990 : 18-21
- 조형원, 보건권 보장을 위한 지방자치조례의 역할과 방향, 한국보건행정학회 전기 학술대회 연재법, 1996 : 62
- 조형원 등, 의료분쟁의 해결을 위한 입법방향에 관한 연구, 보건행정학회지 1995; 5(2) : 127-129
- 최종고, 법학통론, 서울, 박영사, 1988 : 14-19
- 한국보건의료관리연구원, 응급의료체계 운영평가 보고서, 1996. 2.
- Cass M, Western J, Who needs legal services? Cashman P (ed) Research and the Delivery of Legal Services(Law Foundation of New South Wales, Sydney 1981) : 58
- Curran BA, Spalding FO, The Legal Need of the Public, American Bar Association, Illinois, 1978 : 85
- Jayasuriya DC, Health Legislation - Approaches to Law Review and Legal Drafting-, Sri Lanka, Asian Pathfinder Publishers and Booksellers, 1995 : 5, 9, 29
- Johnson S, Law and Public Health In : Public Health-Administration & Practice, Hanlon JJ, Pickett GE, Times Mirror /MOSBY College Publishing, 8th ed., ST. Louis . Toronto . Santa Clara, 1984 : 131-133

Lalonde M, The Health Field Concept, A New Perspective on the Health of Canadians, 1974.

Zander M, How to explain the Unmet Need for Legal Services?, American Bar Association Journal, 1978 : 1676-1679

Zander M, Legal Service for the Community, London, Maurice Temple Smith, 1978 : 273, 288-289

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3Auffl (MUNCHEN. C,H.,Beck) 1983 : 163

幾崎辰五郎・高島學司, 醫事・衛生法, 東京, 有斐閣, 1984 : 30, 43

成田頼明, 行政法序論, 東京, 有斐閣, 1984 : 134

成田頼明, 南博方, 圓部逸夫編, 行政法講義(下), 東京, 青林書院新社, 1970 : 171

田中二郎, 新版行政法(上), 東京, 弘文堂, 1975 : 102

田中二郎, 新版行政法(下), 東京, 弘文堂, 1975 : 65

室井力, 公企業の特許と私權との關係, 行政法演習Ⅱ, 東京, 有斐閣, 1982 : 188

下山英二, 健康權と國の法的責任, 東京, 岩波書店, 1979 : 258