

보건의료법의 입법방향

-보건의료기본법을 중심으로-

趙 炯 元*

I. 서 설	3. 현행 우리나라 기본법의 현황
II. 현행 보건의료기본법	4. 보건의료기본법의 타당성 검토
1. 보건의료기본법의 필요성 및 성격	VI. 보건의료의 정책수단으로서의 법규 제정
2. 보건의료기본법의 제정방향	1. 정책수단으로서 법적 수단의 타당성
3. 보건의료기본법의 주 내용	2. 보건의료법에 의한 규제의 정도
4. 보건의료기본법에 대한 검토방향	VII. 보건의료기본법에 대한 구체적 검토
III. 건강권에 대한 일반법으로서의 위상	1. 보건의료기본법의 실체법적 내용
IV. 보건의료법의 모범으로서의 역할	2. 보건의료기본법의 절차법 및 조직법적 내용
V. 기본법으로서의 적절성	VIII. 결 론
1. 기본법의 의의	
2. 기본법의 법령체계	

I. 서 설

최근 「보건의료기본법」이나 「공공보건의료에관한법률」을 제정한 것을 위시해서 의료공급에 관한 법의 범주에 속하는 의료법 등의 개정이 있었으며 건강증진관련법에 속하는 국민건강증진법이나 전염병예방법 등의 개정이 이루어졌다. 보건의료분야에 대한 정부정책이 다양해지고 많아짐과 더불어 관련법령의 제·개정이 빈번하게 이루어졌다.

복지국가의 지향에 따라 국가기능이 증대되고 입법대상 또한 확대되는 면을 인정하지 않을 수 없다하더라도 너무 많은 법령의 제정은 문제된다

* 건양대학교 병원경영학과 교수, 법학박사

하지 않을 수 없다. 법령을 제정하는 것도 의미가 있겠으나 법령의 입법 취지대로 집행되고 준수되는 것이 더욱 중요한 문제이기 때문이다. 법령과 같은 규범의 과잉과 인플레이를 방지하기 위해서는 그 법령의 제정된 이후에 비로소 정비하는 것에 만족해서는 안되고, 그러한 현상의 원인을 규명하여 그러한 현상의 발생을 예방하는 노력이 필요하다.

보건의료분야 입법의 구체적 양상을 보면 최근 의약분업의 도입¹⁾과 의료보험의 통합을 필두로 하여 가히 개혁적 차원의 다양한 내용의 보건의료정책들을 새롭게 내놓으면서 이들의 실시근거 마련을 위한 법안의 제·개정이 이루어졌거나 이루어질 예정으로 있는 경우가 많다. 최근에는 이들 정책의 실현과정에서 발생한 문제를 해결하기 위한 법안의 마련도 검토되고 있어 이해집단의 반발이 심하게 제기되고 있기도 하다.²⁾

이 곳에서는 「보건의료기본법」에 대한 분석 및 검토에 초점을 맞추고자 한다. 본법은 2000. 1. 12 제정되었는데 개별법률간의 기본적으로 공통된 사항을 규정함으로써 개별법률간의 연계성과 체계성을 더하여 여러 보건의료법을 아우르는 모법으로서의 기능을 수행할 수 있도록 하기 위한 취지에서 제정되었다.³⁾ 보건의료법의 기본법의 위치를 차지할 것을 염두에 두고 제정된 법인데 과연 기본법으로서의 역할을 담당하고 있는지를 살펴야할 것이다. 법의 제정시 법규정의 요건을 제대로 충족하여야 법적 실효성을 확보할 수 있을 것이라는 관점에서 그 검토의 필요성이 제

-
- 1) 최근 실시된 의약분업정책은 단순히 약의 처방·조제 관련문제에만 초점을 두는 것이 아니라 우리나라 전반적 개혁과 맞물려 있으며, 다른 보건의료분야의 개혁과제의 해결의 관건이 되는 위치에 있다(이상익, 의약분업 정책결정과정의 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2000. 3., 3면). 따라서 의약분업 실시를 위해 정비해야될 문제로 의약품 관련 세부사항, 의약분업모형 관련 세부사항, 병·의원과 약국에서의 준비사항, 의료보험수가 관련 항목 등의 내부적인 사항과 의약분업관련 법령의 정비, 의료전달체계의 정비 및 제약산업 및 의약품 유통산업의 정비·육성 등의 외적인 사항 등이 거론되었다(김용익, 의약분업 실시준비와 관련제도의 개선, 월간 경실련, 1999.6).
 - 2) 기존의 의료보험을 통합방식으로 운용하게된 소위 [건강보험]을 가동한 이후 재정의 위기상황이 발생되었다. 이를 극복하기 위해 [국민건강보험 재정건전화 특별법안]이 제안되었고 이에 대해 의사들의 심한 반발이 제기되었다(대한의사협회, 건강보험 재정대책 대토론회 연제집-건강보험재정안정 종합대책과 재정건전화 특별법안의 법률적 검토, 2001. 6. 30).
 - 3) 연세대학교 의과대학, 보건의료법제의 변천, 보건의료법규 자료집, 2000, 20면.

기된다할 것이다.

보건의료기본법의 문제점을 제시하기 위해서 먼저 입법학적으로 적절한 입법이었는지하는 점을 검토하여야 할 것이다. 이를 위해 다소 원론적이지만 입법학적 논의를 어느 정도 하고자 한다. 또한 보건의료목표의 구현을 위한 수단으로서 법적 접근의 가능성 및 그 적절성을 살펴야 할 것이다.

II. 현행 보건의료기본법

보건의료기본법은 2000년 1월12일 국회에서 법률 제6,150호로 의결· 공포되었다. 이 법의 제정이유는 21세기를 맞이하여 국민의 새로운 보건의료수요의 변화에 대응하여 국민의 건강권을 보장하고, 보건의료법령간의 체계성·연계성을 제고시키며, 각 부처의 보건의료기능에 대한 종합·조정기능을 강화하여 종합적이고 체계적인 보건의료정책의 수립·시행 체계를 마련함으로써 보건의료제도의 효율적인 운영과 국민보건의 향상을 도모하려는 것이다.

1. 보건의료기본법의 필요성 및 성격

보건의료기본법을 제안하여 이의 제정을 관철시킨 학자들이 제안하고 있는 보건의료기본법의 필요성 및 성격은 다음과 같다.⁴⁾

(1) 필요성

① 의·식·주 등 국민의 기본적인 욕구가 해결됨에 따라 보건의료가 '삶의 질' 향상에 가장 핵심적인 역할을 담당한다.

② 현행 의료 관련 법률은 상호 연계성이 부족하여 부처간 협조가 잘 이루어지지 않아서 종합적 대응방안이 미흡하다(공공의료기관을 운영하는 부처가 복지부, 국방부, 행정자치부, 보건처, 노동부 등으로 다양하나, 협조연계체계가 미흡하여 예산의 낭비와 비효율이 드러난다).

4) 손명세, 보건의료기본법의 제정 필요성과 구성, 한국의료법학회 봄 학술세미나 연세집, 1999.

③ 전국민 의료보험제도에서 보건의료계와 의료보험자의 협조와 정보 공유가 잘 되지 않고 있어, 적절한 국민 의료비를 유지하면서도 보건의료의 발달을 유도 할 수 있는 기전이 미흡하다.

④ 보건의료의 질 향상과 국민의 건강권을 보장하기 위해 의료개혁위원회, 의료윤리위원회 등의 구성과 운영을 논의하였지만 법적 뒷받침이 잘 안되어 개혁 작업이 미흡하였다.

(2) 보건의료기본법의 성격

① 헌법에서 선언적으로 규정하고 있는 건강권에 대한 일반법으로서의 성격을 갖도록 하여야 한다.

② 보건의료관련법률의 분야를 정의, 개별법의 내용과 형식을 규정할 수 있는 모법으로서의 성격을 갖도록 하여야 한다.

③ 보건의료와 관련된 여러 법들 중 서로 중복되거나 상충되는 경우에 이를 중재, 바른 방향을 제시할 수 있도록 한다. 행정부에서 보건의료관련법을 재·개정하고자 할 때 이 법의 목적과 기본이념에 따라 규정해야 한다는 입법기준을 제시하는 기본법으로서의 성격을 갖도록 한다.

2. 보건의료기본법의 제정방향

① 논리적이며 종합 보건의료 서비스를 규정하는 방향의 법률체계를 도입한다.

② 국가 보건의료정책의 목표 및 기본 이념을 제시한다.

③ 국민과 보건의료제공자의 보건의료에 대한 권리와 의무를 구체화한다.

④ 보건의료제공체계에 따른 원칙을 규정한다.

⑤ 보건의료 통계 및 정보를 관리한다.

3. 보건의료기본법의 주 내용

규정의 주된 내용은 아래와 같이 정리된다.

가. 이 법은 보건의료를 통하여 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 수 있도록 하는 것에 최고의 가치를 두고, 국민개개인이 건강한 삶을 영위할 수 있도록 제도와 여건을 조성하며, 그 시행에 있어서 보건의료의 형평과 효율의 조화를 기함으로써 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 기본이념으로 한다(법 제2조)

나. 모든 국민은 보건의료에 관한 법령이 정하는 바에 의하여 자신과 가족의 건강에 관하여 국가의 보호를 받을 권리를 가지며, 성별·연령·종교·사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니하도록 한다(법 제10조).

다. 모든 국민은 관계 법령이 정하는 바에 의하여 보건의료인 및 보건의료기관에 대하여 자신의 보건의료와 관련한 기록 등의 열람이나 사본의 교부를 요청할 수 있도록 하고, 자신의 질병에 대한 치료방법 등에 관하여 보건의료인에게 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 갖도록 한다(법 제11조 및 제12조).

라. 보건복지부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 보건의료발전계획을 5년마다 수립·시행하고, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 보건의료발전계획에 따라 지방자치단체의 실정을 감안하여 지역보건의료계획을 수립·시행하도록 한다(법 제15조 및 제17조)

마. 국가 및 지방자치단체는 생애 주기별 건강상 특성과 주요 건강위험요인을 고려한 평생국민건강관리를 위한 사업을 시행하도록 한다(법 제31조).

바. 보건복지부장관은 국민건강에 위해가 큰 질병 중에서 국가가 특별히 관리하여야 할 필요가 있다고 인정되는 질병을 선정하고, 이를 관리하기 위하여 필요한 시책을 수립·시행하도록 한다(법 제39조).

4. 보건의료기본법에 대한 검토방향

보건의료기본법은 보건의료법의 여러 개별법을 아우르는 모법의 역할을 담당하도록 하고 있는데 이것이 과연 타당한지에 대해서 살펴야 할

것이다. 또한 법규 제명에 기본법으로 규정하고 있는데 역시 기본법으로서의 역할을 제대로 담당할 수 있는 입법인지의 여부가 가려져야 할 것이다. 또한 보건의료의 다양한 정책을 구현하는 수단으로서 법적 수단에 부합하는 입법인지의 여부가 가려져야 할 것이다. 여타 쟁점을 구체적인 법규정을 통해서 검토할 필요성이 있을 것이다.

이들은 입법기술적인 면을 중심으로 하는 입법 형식적인 측면과 이상적인 입법의 요소를 중심으로 하는 실질적 내용의 측면으로 검토되어야 할 것이다.⁵⁾ 전자는 법령이 일정한 요건 내지 형식에 따라 표현됨으로써 법령다운 모양을 갖추어야 하고, 또한 수많은 법령 상호간에 일관된 체계를 갖추어야 하며 법령의 내용을 쉽게 이해할 수 있는 용어의 활용 내지 문장 구성에 유의하여야 하는 등의 자구체계나 입법형식에 관한 사항이 해당된다. 후자는 법령에 담겨질 내용이 법령으로 정하기에 적합한 사항이어야 하고 집행가능할 뿐더러 정책목표를 효과적으로 달성할 수 있도록 하는 등과 관련된다. 보건의료기본법에 관하여 양자의 측면에 대한 검토가 필요하다.

Ⅲ. 건강권에 대한 일반법으로서의 위상

건강권에 대해서는 「모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다」(헌법 제36조 제3항)는 규정을 인용한다. 이 규정은 국가권력에 의한 건강생활의 침해금지와 보건생활의 침해에 대한 국가의 적극적인 보호의무를 내용으로 하는 것으로 해석된다.⁶⁾ 보건권의 주된 법적 성격에 대해서는 社會的 基本權⁷⁾ 내지 生存權⁸⁾으로 파악한다.

헌법상의 사회적 기본권 내지 생존권은 법률의 단계에서 입법을 통하

5) 구체적으로 법령을 제정하는 단계에 들어가서는 법령입안심사기준이 적용되어 입법기술적 측면과 입법실질에 관한 사항 등이 충족되어야 할 것이다(조정찬, 법제실무강좌 ①, 월간법제 통권 제434호, 법제처, 1994. 2., 94면).

6) 許營, 韓國憲法論, 博英社, 1996, 415면.

7) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1997, 613면.

8) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1990, 496면.

여 구체화되는 것이 일반적이다. 헌법에 의해 보장되는 기본권이 일상생활에서 실효를 거두기 위해서 그 내용을 법률적으로 구체화하는 소위 형성작업이 선행되어야 함을 의미한다.⁹⁾ 이러한 의미에서 보건의료분야의 법이 다양하게 많이 제정되어야 한다는 점에는 기본적으로 동의한다. 또한 헌법상의 보건권의 법적 성질이 구체적 권리설에 부합되는 상황의 조성을 위해서 개별적 입법이 많아야한다는 점¹⁰⁾에서도 관련 법안이 많이 제정되는 것에 동의한다. 이러한 차원에서는 「보건의료기본법」의 제정에 역시 동의한다.

단 보건의료기본법이 제정되어야만 건강권에 대한 일반법이 구비되는 것이냐의 의문은 여전히 남는다. 실효성없는 규정들의 산재, 기존 일반법의 역할을 수행하는 법규의 존재 등의 문제로 후에 검토하는 것처럼 일반법으로서의 역할에 부합하지 못하는 점이 많다할 것이다.

IV. 보건의료법의 모범으로서의 역할

보건의료기본법을 제정하면서 모범¹¹⁾으로서의 역할을 전제하고 있는데, 모범의 의미를 보건의료관련법률의 분야를 정의하고, 개별법의 내용과 형식을 규정할 수 있는 성격으로 파악하고 있다. 현행 보건의료기본법은 제1장 총칙에 기본이념, 정의, 국가 및 지방자치단체의 책임, 보건의료인의

9) 조형원, 공공사업지원을 위한 법률제정의 철학, 국민보건연구소연구논총 제7권 제1호, 서울대학교보건대학원, 1997.6, 82면.

10) 건국당시 국가의 재정사정이 힘들었던 상황에서는 생존권 규정이 프로그램적 규정에 불과하였지만, 점차 기초생활보장과 같은 기본적인 사회보장의 입법이 이루어지면서 추상적인 권리의 단계에 이르게 되었고, 점차 개별 입법에 의해 보장되는 영역이 넓어지면서 구체적 권리로 점차 이동하고 있다. 이는 개별적 입법에 의해 헌법상의 권리가 형성된다는 것을 의미한다. 즉 헌법이 행정법의 형성에 결정력이 있기도 하지만 법역사적 측면이나 법실제적 측면에서 행정법에 의해 헌법이 형성되기도 하는 상호작용이 있다는 것이다. 이러한 측면에서 다양한 사회보장입법의 확대작용으로 점차 사회보장의 권리가 구체적인 권리로 변화된다는 것이다(李虎龍, 社會保障行政法의 法理에 관한 研究, 한양대학교대학원박사학위논문, 2000, 64면). 이러한 내용은 보건권의 법적 성격의 변화에도 적용된다할 것이다.

11) 본래적인 의미에 있어 모범이라 하면 법의 繼受의 경우에 계수되어진 법을 의미한다.

책임, 보건의료인의 권리, 보건의료정책과 사회보장정책과의 연계, 국민의 참여 및 다른 법률과의 관계에 관한 규정, 제2장 보건의료에 관한 국민의 권리와 의무, 제3장 보건의료발전계획의 수립·시행, 제4장 보건의료자원의 관리 등, 제5장 보건의료의 제공과 이용, 제6장 보건의료의 육성·발전 등 및 제7장 보건의료통계·정보관리 등의 광범위한 규정을 두고 있다. 제1장 총칙에 있는 규정들을 통해 이 곳에서 설정하는 개념으로서의 모법의 틀을 형식적인 면에서는 적어도 갖추고 있다할 것이다. 그러나 이 점 역시 후에서 살필 수 있는 것처럼 실질적인 내용 면에서 실효성을 확보할 수 없거나 법령체계상의 문제를 노정함으로써 모법으로서의 확고한 지위를 확보하고 있다고 보기는 어려울 것이다.

V. 기본법으로서의 적절성

본 논문의 검토대상이 되어있는 「보건의료기본법」은 법령제목에 「기본법」이란 명칭이 포함된 법률로서 기본법의 입법학적 의의를 살피고 법령체계의 측면에서 문제점을 검토해보고자 한다.

1. 기본법의 의의

기본법이란 학문상의 용어라기 보다는 법제실무적으로 사용됨으로써 정립된 개념이다. 그렇다고 하여 명확한 개념정의가 이루어진 것은 아니고 다양한 의미로 사용된다.

첫째 헌법·상법·민법·형법·민사소송법·형사소송법의 각 분류별 기본법을 지칭하는 경우와 같이 실생활에 광범위한 역할을 담당하는 개별법령들의 일련의 法群의 의미가 있다. 둘째는 조세감면에 관한 사항은 「조세감면규제법」의 통제를 받도록 하고, 각종 직제는 「행정기관의조직및정원에관한통칙」의 통제를 받도록 한 것처럼 같은 위치에 놓인 법령임에도 어떤 특정한 사항을 통일적으로 규율하기 위하여 어느 하나의 법령을 다른 법령들보다 우월한 지위에 놓는 의미로 사용하는 경우이다. 셋째 국

토기본법이나 농업기본법 등과 같이 특정 분야의 기본적 정책방향을 제시하는 법령의 의미로서 분류하는 견해¹²⁾가 있다.

또 다른 견해¹³⁾로는 첫째 농업기본법이나 관광기본법 등과 같이 법령 제목에 「기본법」이란 명칭이 포함된 법률을 가리키는 경우와 둘째는 기본적인 대강·준칙·원칙·방침 등을 정하고 있는 법률을 가리키는 취지로 사용하기도 한다. 셋째는 서독기본법처럼 국가의 기본조직을 정하는 법을 의미하는 것으로 분류하고 있다.

양자의 분류가 거의 비슷하여 첫 번째 분류기준을 채택하든 두 번째를 채택하든 큰 의미는 없어보인다. 다만 이 곳에서 실용적인 관점에서 관심을 갖게되는 기본법의 의미는 첫 번째 분류에 있어서는 두 번째와 세 번째의 의미가 될 것이고 두 번째 분류기준에 의할 경우는 첫 번째의 것이 될 것이다.

기본법 제안의 기본취지는 특정분야의 정책방향의 모색에 있어서의 기본원칙을 설정하고, 이에 따라 사업자·국가·지방자치단체의 특정분야에 관한 책임과 의무를 명확히 하며, 정부의 특정분야에 관한 기본시책을 확립시키고, 더 나아가 국민으로 하여금 그 추진을 촉구할 수 있도록 하는데 두었다.¹⁴⁾ 기본법은 제정 그 자체가 중요한 것이 아니라 관련분야대책을 향한 국가 및 국민의 의지가 반영되지 않으면 안된다.

환경정책기본법의 경우를 예로 들어본다. 첫째 환경문제의 해결에 적절한 단계에 부합하기 위하여 제정된 면을 고려해볼 수 있다. 기존의 환경문제를 다루는 법적 접근방법으로서 공해법과 환경법의 전개방식이 존재했으나 이 둘은 접근방법, 그 대상, 기본 성격 및 기본원리 등에 있어 판이한 차이점을 보이고 있어 전혀 다른 차원의 법적 접근법이라 볼 것이다. 또한 환경문제에 대한 대처방안의 모색에 있어 초기단계의 공해 혹은 환경오염에 대해서는 공해법으로 대처했으며 이후에는 환경보전의 문제

12) 조정찬, 법제 실무강좌③, 법제 통권436호, 법제처, 1994. 4., 75-76면.

13) 박영도, 입법이론연구(Ⅰ)-입법기초이론과 입법기술-, 한국법제연구원, 1991, 163-164면.

14) 구연창, 환경법론, 법문사, 1990, 184면: 환경정책기본법의 기본 취지로서 위의 네가지가 거론되고 있으나 기본법 일반의 기본 취지로 이해해도 큰 하자는 없을 것으로 보인다.

가 중요시되면서 환경법이 대두되어 시기적으로도 존립시기의 차이를 보인다 할 것이다. 특히 선진제국의 입법례에서 볼 때 공해법적 단계에서 환경법적 단계로 전환하거나 이와 때를 같이하여 환경기본법을 제정하는 추세를 보여왔다.

둘째 대기·물·일광·자연경관 등 환경의 다양한 소재를 대상으로 따로 따로 규율되어 있는 법을 하나로 아우르기 위해서 기본법의 제정이 필요하다. 기존의 環境保全法이 大氣, 水質, 騒音·振動 등 異質的인 분야를 함께 規定하고 있어 날로 多樣化, 複雜化해가는 環境問題에 效果的으로 對處하기 곤란한 實情이므로 이를 각 個別 單行法으로 分離하여 環境關係法律 相互間의 合理的 體系를 整立하여 環境保全施策이 國家全體로서 유기적 연관하에 一貫性있게 추진되도록 하려는 것이다.

셋째 환경권에 부합하기 위함이다. 이를 위해 憲法에 명시된 國民의 環境權을 實質적으로 보장하기 위하여 國家環境保全施策의 基本理念과 方向을 제시하고자 함이다.

환경문제의 발본적 해결을 위하여 근대법 원리에 일대 수정을 가하는 새로운 법원리의 모색차원에서 대두한 것이 환경권의 법리이다. 환경권이 법적으로 승인·확립되면 사업자의 오염배출행위는 위법한 것으로 규정되어 사업자는 자신의 오염배출을 억제할 의무와 억제에 소요되는 비용부담의 의무가 생긴다. 또 국가로 하여금 오염방지 내지 환경보전의 책임과 의무를 지움과 동시에 이를 국민이 촉구할 수 있는 길이 확보되는 셈이다.

보건의료기본법의 제정과 관련하여서도 위의 요소를 적절히 법안에 담고 있는지를 살펴야 될 것이다. 첫째 환경정책기본법 제정시기의 적절성 및 근본적인 차이를 보이는 환경문제 접근방식의 수렴이라는 점이 보건의료기본법에는 해당되지 않는다. 보건의료기본법의 제정으로 보건문제 해결에 있어 획기적으로 변화된 수단이 확보된다든지 이를 위한 시기가 무르익었다든지 등의 여건조성과는 무관하게 보건의료기본법이 제정되었다. 둘째 환경정책기본법은 환경문제가 그 특성상 대기·수질·토양 등으로 나누어질 수밖에 없어 이를 아우를 모법이 제정될 현실적인 필요성에 부합되는 데 비해 보건의료기본법은 그렇지 못하다. 물론 기존의 보건의

료법간의 상충성의 문제를 정비하고 새로운 보건의료법의 제·개정시 통일성을 부여하기 위해서 보건의료법의 모법이 필요하지만,¹⁵⁾ 보건의료기본법이 법적 실효성 및 법령체계상의 문제점 때문에 보건의료기본법이 모법의 역할을 하는지 의심스럽다. 셋째 환경권의 현실적인 담보를 위해서 환경정책기본법 제31조의 환경오염의 피해에 대한 무과실책임, 동법 제32조 내지 제35조의 법제 및 재정상의 조치에 관한 규정들, 동법 제7조의 오염원인자 책임원칙 및 제7조의2의 오염의 사전예방 원칙 등의 규정들이 존치한다. 보건의료기본법에는 이러한 성격의 규정들이 존치되지 않음으로써 건강권의 권리의 실현의 현실성에 의문을 갖게 한다.

2. 기본법의 법령체계

일정한 법률관계에 관한 정책의 기본적 지침을 밝히는 소위 기본법의 법령체계를 설정함에 있어서 흔히 부딪치는 문제는 「新法優先의 原理」이다. 기본법이란 학문상의 용어라기 보다는 법제실무상 통용되는 개념이다. 우리나라의 실정법상 기본법이라 하면 같은 위계에 놓인 법령임에도 어떤 특정한 사항을 통일적으로 규율하기 위하여 어느 하나의 법령을 다른 법령 등보다 우월한 지위에 놓은 경우이거나¹⁶⁾ 어떤 분야의 정책에 있어 그 기본방향을 제시하고 있는 법령, 예컨대 국세기본법·농업기본법 등을 의미하기도 한다. 특히 후자의 경우에는 국토이용관리법·한국은행법 및 은행법·교육법 등과 같이 기본법이란 용어가 법령의 제명에 없더라도 사실상 정책의 기본방향을 담보하고 있는 법도 있다.¹⁷⁾ 이처럼 기본법은 어떤 분야의 정책의 기본방향을 정하고 관계정책의 체계화를 도모하려는 것으로 일종의 계획법 내지 프로그램법이라 할 것이다.¹⁸⁾

15) 한국보건의료관리연구원, 의료법규체계 정비방안 기초연구, 1997.1., 91-94면.

16) 예컨대 조세감면에 관한 사항은 조세감면 규제법상의 통제를 받도록 하고, 각종 직제는 행정기관조직및정원에관한통칙의 통제를 받도록 한 것을 말한다(조정찬, 법제실무강좌③, 월간법제 통권 436호, 1994. 4., 75면).

17) 위의 글, 76면.

18) 박영도, 입법이론연구(I), 1991, 한국법제연구원, 164면.

기본법 가운데는 계획책정을 의무화하는 것이 많으며, 자신의 정책체계에 따라서 집행법인 각종 법률의 제정을 예정하는 것도 있어, 기본법 역시 형식적으로는 하나의 법률에 불과하면서도 실질적으로는 상당히 장기간에 걸쳐 장래의 정책·예산 및 법률을 지배하고 있다는 문제점이 있다. 즉 기본법의 실질적 내용 면에 비추어 기본법이 규율을 기대하는 여타 관련 법률에 우월하는 특수한 효력이 승인되어야 하나, 법형식적 측면에서는 단순한 법률로서 이들보다 우월한 지위를 인정할 수 없다는데 그 문제의 심각성이 있다.¹⁹⁾

3. 현행 우리나라 기본법의 현황

현행 우리나라에 각 분야별 기본법이 점차 늘어나는 추세를 보이고 있다. 제명에 기본법이 포함된 경우만을 보더라도 상당한 수의 법이 제정되어 있다.

현행 기본법을 중심으로 살펴보면 기존의 개별 법들이 다양하게 산재되어 이를 아우를 법이 필요했을 때 적어도 기본법 형태의 법안이 제정될 수 있을 것이다. 기본법으로서의 실효성과 긴밀한 관계를 살펴볼 때 특정 분야의 정책수행을 위한 기금의 조성이 중요한 역할을 담당한다 할 것이다. 기금의 조성은 고용정책기본법, 정보화촉진기본법, 청소년기본법 등의 예에서 살펴볼 수 있을 것이다. 보건의료기본법은 보건의료사업을 구체적이고도 실제적으로 수행할 수 있도록 하는 기금의 조성이 전제되지 않음으로써 추상적인 내용만을 잔뜩 나열하고 있는 형식적인 법으로 전락하게 되는 것이다. 이는 광범위한 사항에 걸쳐 추상적인 내용만을 선언적으로 규정하고 있는 농업기본법이나 중소기업기본법²⁰⁾과 같다고 할 것이다. 마치 보건복지부의 국정지표를 법으로 나열한 듯하다.

또한 보건의료기본법은 환경정책기본법과 같이 기존 관련 분야의 개별 법들이 많아 이들을 체계화할 필요성이 있는 경우가 아님을 볼 수 있다.

19) 위의 책, 164-165면.

20) 조정찬, 법령 상호간의 체계에 관한 연구, 법제연구총서, 법제처, 1993, 13면

보건의료기본법에서는 의료체계의 모델²¹⁾에 따라 해당되는 분야마다의 법을 예상하고 미리 그 토대를 마련하는 것으로 생각한 듯하나 그 실효성은 의심스러울 뿐이다. 위의 모델은 보건의료체계의 파악에 도움을 주어 체계적인 보건사업의 수립·시행·평가 등에 도움이 되는 것이지 이 모델 그대로 법의 토대가 되어야 하는 것은 아니다. 보건의료체계의 구성요소의 내용에는 법만에 의해 이루어질 수 없는 것들이 많으며, 법적 규정을 통해 시행의 근거가 마련되어야 할 경우라도 그 시행까지는 여타 여건의 성숙이 있어야 하는 것들도 많은 것이다.

4. 보건의료기본법의 타당성 검토

위에서 살핀 것처럼 기본법의 개념에 대해서 논란이 있지만 입법 실무적으로 기본법의 제정이유는 대체로 몇가지로 요약될 수 있을 것이다. 첫째 헌법에 의해 부과된 특정분야에 대한 국가의 과제가 추상적이어서 관련 개별법을 제정하는 경우의 입법지침이 마련되어 있지 않을 경우이다. 따라서 헌법과 관련 개별법을 연결하는 중간원칙을 정립하는 작업이 필요한 경우에 기본법을 제정할 수 있다. 둘째 기존의 입법상태를 근본적이고 구조적으로 개혁하기 위해서 전면적인 개정을 통해 법을 제정하는 경우이다. 이 경우는 특정 분야의 보장체계에 대한 사회적 논의와 합의를 전제로 한다할 것이다. 셋째 기존 법률의 문제점을 보완하는 차원에서 기존 법률의 일부를 단순히 개정하는 것이다. 특히 이 경우에는 기본법의 제정이 필요하지 않을 것이다. 넷째 기존에 산재해 있던 법을 하나의 법전에 통합하여 규율하는 형태의 법제화가 필요한 경우가 있을 것이다. 이러한 법전화를 위해서는 해당 분야의 법이 체계적이고 또 이에 대한 이해가 통일적으로 이루어져야 한다는 전제가 성립되어야한다. 다섯째 각 법률을 지배하는 기본원칙 및 공통원칙을 정리하는 작업의 일환으로 법제화를 하는 경우이다.

21) 서울대학교 의과대학 의료관리학교실 역, 인류모두의 건강을 위한 국가보건의료체계의 방향설정, 1993.

보건의료기본법의 입법자의 의도는 마지막의 경우를 상정하고 있는 것으로 생각된다. 이를 수행하는데 있어서는 많은 어려움이 있다. 첫째는 규범 자체의 문제로 보건의료기본법이 과연 보건의료의 기본원칙 혹은 공통원칙을 얼마나 제대로 반영하여 보건의료의 청구권실현에 봉사할 수 있겠는가의 문제이다. 둘째는 보건의료기본법의 규범력이 어느 정도인가의 문제로서 기존의 개별 보건의료법의 상태를 개선하는 효과가 어느 정도 될 것인가하는 점이다. 이러한 문제와 관련하여 보건의료의 현실을 개선하는 데 기여할 수 없다면 보건의료기본법은 현실개선의 효과는 내지 못하면서 정부의 보건의료에 대한 의지를 상징적으로만 표현하는 데(이른바 Alibi-Funktion) 그치는 것이 된다.

보건의료기본법이 헌법상의 보건권을 제대로 담보하고 있는가하는 점에 대해서는 몇가지 의문을 갖지 않을 수 없다. 첫째 보건의료기본법이 기존의 보건관련 실정법을 개선하는 직접적인 효과를 갖고 있지 못하다는 점을 들 수 있다. 기존의 법령에 대한 포괄적이고 심도있는 논의가 있어야만 기존의 법령과의 모순의 경우에 개선의 효과를 가질 수 있었을 텐데 그러하지 못하였던 것이다. 또한 보건의료기본법의 규정들이 다분히 추상적 선언의 형태를 띠고 있어서 실제로 개별 실정법규정과 충돌을 빚는 상황도 발생하지 않는다. 둘째 보건의료기본법의 선언적 의미만을 인정한다 하더라도 입법적 동기로서의 작용면에 있어 적절한 형태를 유지 못한다는 점이 거론될 수 있다. 보건의료기본법의 실질적인 내용과 관련하여 불충분하고 비체계적이며, 보건의료법의 발전과 관련된 기본적인 구상이 반영되었다고 볼 수 없는 점이 많은 듯 싶다. 특히 어느 분야의 사업이나 마찬가지로이지만 한꺼번에 모든 일을 동시에 다 수행할 수 있는 것이 아니어서 사업의 우선순위를 정하는 것이 중요한데 법안에도 이러한 점이 반영되어야 할 것이다. 관련된 모든 사업의 내용을 백화점식으로 나열함으로써 언제 구체화될는지 모르는 내용에 대한 실효성없는 사문화된 규정만을 양산한 결과가 된 것이다. 또 보건의료사업의 내용들에는 성격상 법적 규율이 아닌 다른 수단을 통해서 관철시켜야 하는 것들도 많은데 모든 내용을 법규정화하는 遇를 범하고 있다고 할 것이다. 셋째 보

건의료기본법을 통하여 입법자에 대해서 보건권 보장을 위한 활발한 입법활동을 유인하고자 한 듯하나, 동법을 통해서 이를 보장할 수 있는 문제는 아니고 어디까지나 이는 입법자의 의지의 문제인 것이다. 특히 재정적 뒷받침이 따르지 않는 법의 제정은 그 실효성이 극히 의심스러울 뿐이다.

VI. 보건의료의 정책수단으로서의 법규 제정

사회에는 그 나름대로의 목표를 가지고 있다. 현대사회는 그 구성원의 다양성과 더불어 다양한 목표를 갖게 된다. 때에 따라선 양립이 불가능한 목표들이 대립되는 수도 있다. 특정 사회의 목표가 존재할 때 우리는 과연 그 목표를 관철시킬 수 있는가 하는 점에 관심을 갖게 된다. 그러나 목표의 다양성, 때론 양립되는 목표의 갈등구조의 존속 등으로 목표의 실현가능성이 떨어지는 수가 많을 것이다. 목표의 실현가능성을 떨어뜨리는 요인으로 특정사회가 가진 자원의 한계도 있을 것이다. 따라서 완전한 목표의 구현보다는 목표의 상대적 달성정도 및 유효한 목표달성 수단에 더욱 관심을 갖게 된다.

사회의 목표를 실천하기 위한 수단으로는 「법에 의한 방법」과 「법 이외의 수단」이 있을 수 있다. 최근 보건의료분야에서는 보건의료법규의 제·개정이 자주 일어나고 있다. 그동안 상대적으로 사회적 관심이 적었으나 시대의 추세가 반영되면서 보건의료분야에 대한 관심의 고조로 나타나는 현상이라 할 것이다. 그러나 보건의료법규의 제·개정에 있어 특정 정책시행의 조급성과 유관부처의 통일성을 결여한 입법 등으로 많은 문제를 노정하고 있다.²²⁾ 특히 최근에 제정된 「보건의료기본법」 및 「공공보건의료에관한법률」과 관련해서는 이들 법의 실효성과 관련하여 논란이 있을 수 있다.

기본적으로 법이 사회의 미래의 전개상황을 예상하는 데는 한계가 있

22) 정두채·조형원 등, 의료법규체계 정비방안 기초연구, 한국보건의료관리연구원, 1997. 1., pp. 1-3

을 수밖에 없어 보수적일 수밖에 없으며, 그 제·개정에 있어서도 사회적 파장효과가 큰 만큼 신중함이 요구된다. 물론 정책개발 지향적 법규의 경우 정책실현에 대한 의지 탓에 다소 사회의 현상을 뛰어넘어 앞서가는 경향이 있으나, 다양한 정책수단을 필요로 하는 정책에 대해 그 정책실현의 강제성 및 안정적 정책추진 환경 조성을 위해 법규의 강행성에 의존하는 것이 타당한지하는 문제에 대해서는 심층적인 검토가 있어야 할 것이다. 법적 수단만이 유일한 방법인가? 아니면 다른 수단들에 비해 강점을 갖는 측면은 무엇인가? 아니면 기본적인 제한점을 고려한 보완적인 정책수단으로서의 조용한 자리매김을 해야하는 것인가? 등의 질문을 끊임 없이 던져야 할 것이다.

1. 정책수단으로서 법적 수단의 타당성

보건의료의 목표 관철을 위해서는 다양한 수단을 필요로 한다. 먼저 보건의료의 성격상 보건교육, 보건행정, 보건법규의 순차적인 수단이 거론된다. 첫째 교육을 통해 보건의료의 KAP(Knowledge, Action, Practice)의 이론이 구현되도록 한다. 금연의 필요성에 대한 인식과 같이 주로 개인의 책임에 귀속될 영역의 내용들이 그 대상이 된다. 둘째 보건교육에 의해서 효과를 기대할 수 없는 것들은 보건행정을 통해 사업을 하게 된다. 중앙이나 지방정부의 공권력을 통해 행정법적 지원이나 통제를 하게 된다. 마지막으로 위의 방법으로도 그 사업목적 관철시킬 수 없는 것들은 보건법규의 강제력을 동원하게 된다. 전염병예방 등의 사업을 그 예로 들 수 있다.

또 보건의료에 대한 접근수단으로서 다른 분류기준으로는 교육, 설득, 강제가 거론된다.²³⁾ 법에 의한 강제는 여러 수단 중의 한가지일 뿐이다. 보건의료관리자가 이 세가지 수단을 성공적으로 조화하여 균형을 이루는 것이야말로 그의 능력이다. 법에 의한 규제에 익숙한 관리들조차 교육을 무시할 수 없다. 교육을 통해 보건의료의 내용에 정통하지 않으면 제대로

23) Samuel Johnson, Law and Public Health, Public Health-Administration and Practice, edited by John J. Hanlon and George E. Pickett, Times Mirror/Mosby College Publishing, 1984, p.137.

된 법을 제정할 수 없을 뿐더러, 법의 집행을 위해서는 적절한 재정지원이 더욱 중요하며, 국민들도 교육을 받지 않으면 법의 내용을 이해할 수 없어 법의 규제를 참기 어렵게 된다. 사회정책적 입법은 일반인보다는 사회에 대한 사고가 앞선 사람들에 의해 틀이 짜지나, 일반인의 사고를 너무 앞서가게 되면 그 입법은 대개 실패할 수밖에 없다. 1848년에 제정된 영국의 보건기본법(General Board of Health of England)이 그 당시의 영국의 일반 시민보다 훨씬 앞선 사회적 사고를 보였던 Edwin Chadwick의 사회적 사고와 계획을 너무 열정적으로 반영함으로써 실패했음은 익히 잘 알려진 사실이다. 미국에서도 최소한 한명의 보건직관리가 그 지역에 강력하게 형성된 여론이 준비되지 않은 상태에서 완전한 우유의 살균을 강력하게 제도화하고자 고집스럽게 노력하다가 말 그대로 깃털이 되었음을 보여준다.²⁴⁾ 모든 유형의 사회적 과정은 거기에 포함된 대다수의 이해와 승인에 기초해야만 한다는 상대적으로 최근에 이루어진 인식의 결과로서 보건의료관리분야에서는 법적 혹은 규제적 접근은 최소화하면서 교육적이고 설득적인 행동을 점차 강조하게 되었다.

세 번째로 보건의료목표를 관철하기 위한 정책수단을 보면 다양한 응용과학이 적용됨을 알 수 있다. 이들 수단은 그 자체로서 중요성이 크지만 그 자체만으로는 보건의료의 목표를 적절하게 관철시킬 수가 없다. 이들 수단으로 거론될 수 있는 것은 인간의 행태 및 조직내에서의 그들의 행태연구(Human Behavior/Organizational Behavior), 운영연구(Operations Research), 재정지원 및 관리(Financial Support and Management) 그리고 법적 지원(Legislative Support) 등이다.²⁵⁾

먼저 인간의 행태 및 조직내에서의 그들의 행태 연구(Human Behavior/Organizational Behavior)를 본다. 지역사회보건사업을 수행하는 데는 인간의 행태에 대한 연구가 무엇보다 중요하다. 아무리 좋은 사업이라도 결국

24) Samuel Johnson, Law and public health, Public Health Administration and Practice(edited by John J. Hanlon and George E. Pickett), 8 ed., Times Mirror/Mosby, 1984, pp. 137-138.

25) Arnold D. Kaluzny, D. Michael Warner, David G. Warren, William N. Zelman, Management of Health Services, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, NJ., 1982, pp. 14-18.

사업대상자들의 바람직한 방향으로의 행태변화가 없으면 사업의 소기의 성과를 거두기 어려울 것이다. 따라서 지역사회보건사업의 중요한 관건은 지역사회주민의 참여가 될 수밖에 없다. 한편 조직행태는 개인이나 그룹 또는 조직행태의 구조에 대해 분석하는 것이거나 이와는 반대로 조직내 개인이나 집단에 대한 전체조직운영의 영향으로 정의될 수 있다. 이런 분석을 응용하여 개인, 조직 또는 전체 집단의 성과를 제고하는 것을 조직개발이라 한다. 조직의 행태나 개발을 위해서는 사회학, 사회심리학, 심리학 및 인류학 등의 사회과학의 기초가 필요하다. 조직행태나 조직개발에서는 조직의 기본적인 설계나 조직의 환경이나 조직내 개인과의 상호작용에 대해 일차적인 관심을 갖게된다. 병원등의 보건의료조직을 관리하기 위해서는 역할, 구조, 설계, 단체, 과정, 변화, 지도력 등의 개념을 포함한 조직행태와 개발이 중요한 입력요소로 작용되어야만 한다.

둘째는 운영연구이다. 보건의료분야에서는 미래에 대한 예측을 하거나 절차나 스케줄 등에 대한 의사결정을 해야하며, 수행한 결과에 대한 평가 및 통제를 하여야 한다. 이들을 수행하는 데는 경영과학, 양적 기술 및 수단 등의 방법론 즉 운영연구가 다양하게 적용되어야만 한다. 운영연구에서는 적절한 모델을 설정하고 충분하게 수집된 정보를 활용하여 합리적인 의사결정을 내리는데 도움을 받게된다.

셋째로 보건의료관리에 있어 두가지 중요한 부분과 관계되어 재무관리의 중요성이 대두된다. 보건사업계획수행을 위한 최선의 자금조달방식과 조달된 자금의 적절한 관리가 그것이다. 재무관리가 전에는 전적으로 회계의 영역에 속했지만 지금은 보건의료관리에 필수적인 요소로 인식된다. 보건의료재원의 조달방식에 대해서는 다양한 이해관계자들이 관여되는만큼 대립된 다양한 이해 속에 재원을 어떻게 조달할 것인가하는 점이 문제된다. 또한 재원이 항상 부족하게 마련인 상황에서 확보된 재원을 어떻게 효율적으로 관리할 것인가하는 것이 중요한 문제로 대두된다. 보건의료사업의 많은 영역이 자원조달이 원활하게 이루어지지 않으면 실제적 성과를 거둘 수 없을 것이다. 자원조달이 뒷받침되지 않은 채 법에 의한 강제규정은 보건의료사업의 실효성을 떨어뜨리는 것이 된다.

넷째로 법은 정책의 기초를 이루며 정책실행에 있어서의 안내자의 역할을 담당한다. 예를 들어 노인의 건강을 위한 재정을 고려해보자. 미국에서 1965년 Medicare Program 설립을 위한 국가의 정책결정이 입법으로 구체화되었고, 그 입법에 의해 사회보장행정(지금은 보건의료 재무행정)을 위한 규율과 지침을 발전시킬 수 있는 권한이 위임되었다. 이 사업을 통해 기업 경영자가 내적·외적 환경의 일부로서 다루어야만 하는 조건과 규칙을 엄청나게 많이 축적하는 결과를 가져왔다. 많은 보건의료관리자들은 medicare를 병원이 제공한 서비스에 대해 보상을 확실하게 해주는 근원으로 보기도 하지만, 제공될 수 있는 서비스의 유형을 제한하는 근원으로도 본다. 이러한 식으로 법은 추동적일(enabling) 수도 있지만 제한적일(restrictive) 수도 있다. 우리의 경우도 요즘 새롭게 제기되는 다양한 보건의료정책을 위한 입법과 관련한 논의를 생각해볼 수 있을 것이다. 의료보험통합, 의약분업, 수가차등화를 통한 의료전달체계의 수립, 의료분쟁조정법의 제정 등 많은 어려움 속에서도 가능한 통합된 의견을 따를 때 국민의 법감정에도 부합하는 것이지 정부의 일방적 강제력만을 앞세워서 법의 실효성을 담보할 수 없을 것이다. 이처럼 보건의료관리에 있어 법의 역할은 법이 갖는 강제적 속성에 의해 최종적인 정책수단으로서 정책의 실현에 있어 절대적으로 필요하기도 하지만 한편 그 부작용으로 인해 제한적일 수도 있음을 명심해야한다.

이상에서 볼 수 있는 것처럼 법적 수단은 최종적인 정책수단이며 수단을 활용하는 경우라도 최소한의 범주에 머물러야 할 것이다. 또한 다른 수단들과 보완적인 관계를 유지해야하는 것이지 단독으로 한껏 욕심을 부린 정책수단으로의 자리매김은 그 실현성도 의심스러울 뿐만 아니라 시작 전에 거부감을 불러일으킬 수밖에 없다.

2. 보건의료법에 의한 규제의 정도

보건의료법을 통해 의료인이나 국민에 대한 규제를 할 수 있는 것인가? 또 할 수 있다면 무한대로 규제할 수 있는가?하는 문제가 쟁점이 될 것이

다. 이에 대해서는 입법과 사법을 강조하는 입장과 법은 최소한의 역할수행에 그쳐야한다는 입장이 대립되어 있다.

첫째 입장은 보건의료분야의 중요한 성취는 법을 통해 이루어졌다고 본다. 법의 지원이 없었더라면 보건의료분야의 강화는 느린 속도로 진행되었을 것이라 본다. 따라서 법에 의한 강제력은 보건의료사업의 개발을 효율적으로 수행하는 데 중요한 요소라고 본다.

이러한 입장에 대해서는 주로 법률가들이 나타내보이는 견해가 된다. 法律家들은 醫療은 사회적 관계 속에서 이루어지는 것으로 언제까지나 법과 유리된 聖域으로만 남아 있을 수는 없으며, 의사에게 요구되는 身分上의 倫理는 법적 측면에선 法的義務로 규정되지 않을 수 없다고 본다.²⁶⁾

또한 紛爭調整의 현실적인 最後, 最高의 담보자로서의 法律家의 지위가 醫療行爲의 專門性으로 인하여 불안정한 경향을 띠는 점을 주목한다. 즉 소송과정상 醫療人의 自己集團 利害에 기초한 鑑定에 끌려감으로써 법률가 자체가 국민의 不信을 받을 가능성이 있는 것이다.

또한 의학의 실천과정인 醫療가 갖는 많은 위험을 예방하기 위해서는 醫療行爲가 규제되어야 한다. 이러한 규제를 통해서 國民의 生命과 權利가 보호될 뿐만 아니라 醫療人의 資質向上이나 醫學 및 醫療기술의 발전을 도모할 合理的이고 合法的인 기준의 모색이 가능한 肯定的 側面이 오히려 있는 것이다.²⁷⁾

반면 토비가 경고한 바 있듯이 원·피고간에 항상 소송에 개입되어 있는 관리라면 교육이나 설득 대신에 법에 의한 강제력을 동원해야하므로 효율적인 업무수행을 하고 있다고 볼 수 없다는 견해가 있다. 이러한 견해는 醫療에 대한 法의 규제에 대해 醫療人들은 醫療行爲가 전통적으로 전문가로서의 良心과 倫理에 입각하여 이루어져 왔으므로 일반적이고 추상적인 특성을 갖는 法規에 의해 규제되는 것은 적당치 않다고 보았으며, 과도한 立法的 統制는 결과적으로 受動的이고 防禦的인 醫療를 낳게 될

26) 安銅準, 醫療行爲와 刑事責任, 醫療事故處理의 法的檢討 세미나 연세집, 1989, 9面.

27) 文國鎮, 醫療의 法理論, 고려대학교 출판부, 1982, 33-37面.

것이라는 우려를 나타낸다. 따라서 醫療人들은 소극적인 醫療가 결국 患者에게 오히려 불리하게 작용한다고 본다. 특히 醫療人들은 의학이란 명확한 기계론적 법칙이 적용되는 自然科學으로서 규제를 위주로 하는 法學이 개입할 여지가 없다고 보는 경향이 있다. 위의 醫學觀은 인간을 정신과 육체가 결합하여 이루어진 존재로 파악하여 생명체내의 모든 현상을 기계론적으로 파악하는 生醫學的 모델²⁸⁾로서 의학이 세포와 분자 메커니즘 지식에 근거해 의약품과 백신의 개발, 각성제와 호르몬의 발견 등에 기여함으로써 결국 많은 생명을 구하였다는 점을 강조한다.

보건의료에 대한 법의 규제적 역할에 대해서는 위에서 살펴볼 수 있듯이 대립된 견해를 보이고 있다. 법에 의해 보건의료에 대해 규제를 하여야 하고 또 할 수 있으되 모든 영역에 걸쳐서 통제가 가능한 것은 아니라고 하여야 할 것이다. 보건의료의 과학성과 학문적 영역은 그 자체의 원리에 의해서만 지배를 받을 뿐이지 그 어느 분야에 의한 간섭도 받아서 안되기 때문이다. 의료의 전문성으로 인해 일정한 자격을 가진 사람만이 의료행위를 할 수 있도록 사람에게 대해 규제한다든지, 의료기술의 개발과 진보로 각종 재료의 사용 및 기계·기구의 개발에 따라 이러한 물건의 잘못된 사용으로 인한 과오를 미연에 방지하고 의료의 내용을 보다 충실히 하기 위하여 법으로 이들 물건에 대한 적절한 규제 등이 그 주된 대상이 될 것이다. 의료의 내용은 의학적인 이론에 근거된 의술에 의하여 결정되어야 할 것이며 법이 이에 개입하지 않음이 원칙일 것이다. 따라서 의료법을 위시한 의료관계 제 법령에 의료의 내용을 규제하는 조항이 없는 것은 이러한 원칙에 따른 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 의학의 자연과학성만을 강조하여 의료분야에서는 법의 규제가 불필요하다는 견해만에 의할 때도 健康에 대한 총체적 접근이 불가능하며 의학의 사회적 관련성 내지 公益性을 구현하기 어려울 것이다.

28) 生醫學的이라 함은 人間을 精神과 肉體가 결합하여 이루어진 存在라 파악하고 인간 및 생명체내의 모든 현상은 數學的 方法을 토대로 한 연장·운동·정지의 개념으로 機械論的인 說明이 가능하다고 본 데카르트의 二分法的이고 기계적인 生命觀에 근거한 것으로 의료의 대상을 肉體로 한정시키게 되었으며 疾病을 이 기계의 고장의 결과이며 정복되어야 할 敵으로 보는 狹小한 疾病觀을 초래하였다.

한편 보건의료기본법같이 보건의료정책을 구현하기 위한 법이라 할지라도 위의 찬반의 양론이 적용될 수 있을 것이다. 보건의료정책의 적극적 구현을 위한 보건의료분야 입법을 강조하는 견해와 보건의료정책을 구현시킬 수 있는 여건의 성숙이나 법적 수단을 포함하되 적절한 정책수단의 선택을 강조하여 결론적으로 법적 수단만을 강조하지 않는 견해의 대립이 있을 수 있다. 여건의 성숙이나 적절한 정책수단의 개발 등이 전제되지 않은 채, 이해계층의 불균형적인 욕구에 의해 법적 강제력만을 앞세운 입법은 지양되어야 할 것이다.

Ⅶ. 보건의료기본법에 대한 구체적 검토

보건의료기본법의 규정내용들의 대부분은 특정분야의 정책내용들이 될 수는 있을지언정 법규정화하기는 곤란한 내용들이다. 재정의 확보나 중앙정부 혹은 지방정부의 확고한 정책의지의 부족 등의 법적 실효성을 확보하기 곤란한 면이 많기 때문이다.

한편 법을 통한 정책의 선도 역할을 감안했을 수도 있으나 이 역시 여러 사항의 종합적인 여건의 조성을 통해 정책으로 구체화될 것이지 여건도 조성되지 않은 상황에서 강제성을 갖는 법을 통해 규정해놓을 때 결과를 담보하지 못한 채 사문화된 법을 양산하는 꼴이 된다.

물론 기왕에 제정된 보건의료기본법을 어떻게 할 것이냐는 논의가 있을 수 있다. 법제정의 정치성의 현실적 측면을 받아들이지 않을 수 없을 것이다. 한편 기본법제정의 당위성 내지 타당성을 인정하지 않을 수 없는 측면도 있다. 최근에 와서 국민의 삶의 질의 변화, 특정분야정책의 실현가능성의 진전, 특정정책분야의 기술수준의 발달 및 기술수준 보호의 필요성 대두, 특정정책분야 환경의 변화 등의 사유로 일견 적극적인 정책의 반영 및 정책전개방향의 체계성 모색 등이 기본법 제정을 통해 이루어져야 할 당위성을 일정부분 인정할 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 보건의료기본법의 입법취지를 심분 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 보건의료기본법 뿐만 아니라 보건의료관계법의 전반적인 제·개정 의 양상과 관련

하여 일반적으로 제기되는 문제점을 지적한다는 차원에서 문제점이 지적되어야 할 것이다.

1. 보건의료기본법의 실체법적 내용

제1장 총 칙

제1조 목적 「보건의료에 관한 기본사항」란 내용 그 자체의 추상성, 양질의 의료를 위해서 당연히 필요한 내용으로 불필요한 내용이 추가되었다 할 것이다.

제5조 (보건의료인의 책임) 제1항의 규정은 당연한 내용으로, 의료법제 1조(목적)나 제2조(의료인) 제2항 「의료인은……국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다」는 규정에도 이미 같은 취지가 반영되어있을 뿐더러, 많은 의료사고 관련판례에서 법규정과 상관없이 의료인에게 요구하는 사항이다. 제2항의 규정도 의료법 제 16조(진료의 거부금지 등)과 응급의료에 관한 법률 제4조(응급의료의 거부금지등)에 이미 존재하는 규정이다. 제3항의 내용 중 후단의 보건의료자료의 타 보건의료기관에 대한 제공노력도 의료법 제20조(기록열람등)의 내용과 중복되며, 전단의 보건의료서비스를 받는 자의 타보건의료기관에 대한 소개에 관한 규정의 내용은 「수가차등제」라는 인센티브가 가미된 보건정책으로 반영되고 있는 내용으로 이 규정의 법적 실효성이 의심스러울 뿐이다. 제4항의 내용도 전염병예방법에 이미 반영되고 있는 내용이다.

제6조(보건의료인의 권리) 본 규정을 통해 보건의료인의 보건의료기술과 치료재료 등에 대한 선택권을 부여하고 있으나 현실적으로 의사·치과의사·한의사를 제외하고는 이에 해당된 보건의료인은 거의 없다. 물론 단서 규정으로 현실적인 상황을 반영하고는 있으나 일반적인 상황을 예외적인 규정으로 포괄하고 있다는 문제점이 있다.

한편 이 규정은 의사로부터 독립된 보건의료인들의 역할확대를 염두에 둔 전향적인 규정인 것으로 판단되나 「의료행위」의 위험성을 감안하여

의사의 지도·감독 하에 다른 보건의료인들이 보조적인 의료행위를 하도록 하고 있는 상황에 대한 진지한 검토 내지 사회적 합의없이 본 규정만을 앞세우고 있다는 문제가 있다.

제7조(보건의료정책과 사회보장정책과의 연계) 보건복지사무소 운영이라는 시범사업이 실제적 효력을 발휘하지 못하고 있는 상황에서 본 규정은 선도적 규정으로서의 의미는 있겠으나 실효성은 극히 의심스럽다. 물론 정책방향의 근거를 마련한다는 의미가 있겠으나 현실과 거리가 먼 규정은 법규정의 특성상 바람직하지 못하다.

제2장 「보건의료에 관한 국민의 권리와 의무」

제10조(건강권 등)의 규정을 두고 있다. 건강권이란 기본권에 대한 헌법적 논의가 본 규정을 두었다고 건강권의 보장에 한 걸음 앞에 나아가는 것은 아니다. 이러한 명목규정은 헌법규정만으로도 충분하다. 특히 제2항의 「모든 국민은 성별·연령·종교·사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니한다.」란 규정이 성립되기 위해서는 우리 나라의 보건의료의 정체성에 대한 규명이 전제되어야 할 것으로 위의 규정 내용은 다분히 공적의료를 전제한 진술이란 점을 유의해야한다. 또한 이들 내용의 성립을 위해서는 보건권의 법적 성격이 구체적 권리설에 의해 뒷받침됨으로써 위의 내용보장을 위한 입법의 불비사항에 대한 지적의 법적 효력이 인정되어 입법요청의 실효성이 확보되어야 가능한 일이 될 것이다.

제11조(보건의료에 관한 알 권리) 제13조(비밀보장) 제14조(보건의료에 관한 국민의 의무)등의 규정은 이미 의료법 등에 규정되어 있는 내용이다.

단 제12조(보건의료서비스에 관한 자기결정권)은 판례상으로만 정립되어있던 내용을 법규정으로 담아내었다는 의의가 있을 것이다.

제14조 제1항에서 「모든 국민은 자신과 가족의 건강을 보호·증진하기 위하여 노력하여야 하며, 관계 법령이 정하는 바에 의하여 건강의 보호·증진에 필요한 비용을 부담하여야 한다」고 규정하고 있다. 우리 나라의 의료의 기본방향을 공공성과 자율성의 양 스펙트럼 사이의 어느 곳에 설

정할 것인지하는 정체성에 대한 논의없이 언급하는 것이 과연 가능한 것인지 모르겠다.

제3장 보건의료발전계획의 수립·시행

이미 지역보건법에 많은 내용이 규정되어 있다. 뿐만 아니라 이들 규정의 실효성은 재정적 뒷받침을 통해 마련될 수 있을 것인데, 그렇지 못한 상황에서 법규정의 홍수현상만 초래할 가능성이 높다.

제4장 보건의료자원의 관리 등

국가 및 지방자치단체의 보건의료자원관리를 위한 정책의지가 얼마나 현실화될 수 있는가의 문제를 던져놓고 있다.

제5장 보건의료의 제공과 이용

보건의료제공 및 이용체계, 평생국민건강관리체계 및 주요질병관리체계 등의 내용을 담고 있다. 국민에게 이루어질 보건의료의 전분야를 나열하여 근거규정을 마련한다는 측면에서의 의미는 있겠으나 일관되게 지적하고 있는 것처럼 국가 및 지방자치단체의 정책의지의 불확실성, 여건의 미성숙, 우선순위 미정립 등의 이유로 그 실효성은 의심스럽다.

제6장 보건의료의 육성·발전 등 및 제7장 보건의료통계·정보관리의 장의 규정에 대해서도 위와 같은 비판이 가능할 것이다.

2. 보건의료기본법의 절차법 및 조직법적 내용

위의 법령의 체계에서 살핀 것처럼 이 법을 보건의료법의 기본법으로서의 역할을 염두에 두고 있다. 실제로 입법과정을 통해서도 이 법을 기본법으로 하고자 타법과의 관계를 조정하기 위한 노력을 할 것으로(보건의료기본법 제9조) 예상된다. 그러나 예를 들어 보건의료정보의 표준화와 관련하여 제57조의 규정과 달리 타부처가 관장하는 타법이 신법이 되어 57조

의 규정을 사문화시키는 일이 안생긴다고 장담할 수는 없지 않겠는가.

Ⅷ. 결 론

최근에 와서 기본법은 정책분야별 혹은 정부부처별로 경쟁적으로 제정되거나 정비되고 있는 듯하다. 그러나 이상에서 살펴 본 것처럼 의욕을 앞세운 법안이 법체계의 정비란 명목으로 엄청나게 많은 분량과 다양한 사업내용을 갖고 제안되고 있다. 그 실현성을 충분히 검토해봐야할 것이다. 특히 이들의 정책수단이 입법으로 나타났을 때 정책 구상자들은 강력한 정책수단을 염두에 두고 있을 것이나 그의 역기능 및 다양한 고려요소를 충분히 감안해야만 함을 잊어서는 안될 것이다.

과연 이상적인 입법이 존재하는 것인가? 입법의 영역에서 가치평가는 실로 다양하고, 학문적으로도 단일하게 일의적인 가치평가를 도출할 수 없기에 절대적으로 이상적인 입법은 존재하지 않을 것이다.²⁹⁾ 따라서 이상적 입법의 존재여부에 대한 논의보다는 가능한 한 이상적 입법의 가능성 모색을 위한 전제를 설정하는데 입법학의 과제를 두어야할 것이다. 이상적 입법을 위한 요구조건들로서 거론되는 중요한 내용들 즉 1) 공적과제, 규율이익과 규율필요성의 존재 2) 입법목적과 내용의 명확성 3) 입법의 실효성과 적합성 4) 현재의 규범적 제약과의 조화 5) 국민에 대한 공평성 6) 실효성의 통제와 집행력의 통제의 가능성 등을 항상 염두에 두어야 할 것이다.³⁰⁾

29) O. Weinberger, [Zur Theorie der Gesetzgebung], in : Johann Mokre/Ota Weinberger(Ed.), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Wien/New York 1976, S. 178ff.

30) 박영도, 입법이론연구(Ⅰ)-입법기초이론과 입법기술-, 한국법제연구원, 1991, 99-105면.