

# 예외에도 원칙은 있어야 한다



글 · 황덕남 | 변호사

## 1. 요양기관 지정제에 관한 논의에 관여하게 된 동기

법원 재직 시절, 갑자기 아이가 아파서 병원에 데려가야 하는 경우가 종종 있었다. 다른 직업과 달리 자리를 비우기 위하여 연가를 낸다고 하여도 업무량이 줄어드는 것이 아니었다. 업무는 산적해 있는데, 아이를 데리고 병원에 가서 하염없이 순서를 기다리는 일은 보통 진땀나는 일이 아니었다. 시간을 아끼자면, 주변의 아는 의사들을 통하여 대기시간을 줄여달라고 부탁을 하는 수밖에 없었는데, 기다리는 다른 사람들을 재치고 먼저 진료실로 들어가는 일 또한 뒤통수가 보통 따

끈 거리는 일이 아니어서 수월하지가 않았다. 그러니, 내가 몸이 아픈 경우는 어지간하면 병원은 생략이다.

모든 사람이 똑 같이 줄을 서서 기다려야 한다는 것도 이해하기 어려웠고, 근무시간 이후에 진료하는 병원을 찾기도 어려웠다. 그렇다고, 응급실로 들어가 진료를 받아야 하는 상황은 아니었고,

비용을 조금 더 지불하더라도 시간을 아껴야 하는 사람이 선택할 수 있는 진료방법이 없다는 현실이 조금 짜증스러웠다. 그래서, 법규정을 뒤적여 보았다. 의사나 환자가 그러한 진료방법을 선택하기 어렵다는 것을 알고 깜짝 놀랐다.

의료기관 지정제도에 관한 내 관심은 이렇게 개인적이고, 단순한 필요에서부터 시작되었다. '법대로' 라면, 응급실에 들어가는 정도의 상황이 아닌 한, 어떤 사람에게도 이러한 예외는 허용되지 않았다. 그러면, 과연 실제 현상도 그럴까? 그리고, 이것이 정말 모든 사람들에게 가장 바람직한 원칙적인 방법일까?

## 2. 예외에도 원칙은 있어야 한다.

### 가. 임대차보호법의 선례

2001. 12. 29. '상가건물임대차보호법'이 제정되어 2003. 1. 1.부터의 시행을 앞두고 있다. 위 법의 시행을 앞두고 상가건물의 차임조정에 관하여 적지 않은 소동이 있는 모양이다. 위 법이 시행된다면 그 이후 상가건물의 소유자인 임대인은 임대료의 조정이나 임대기간의 정함 등 임대인으로서의 권한 행사가 적잖이 제한받기 때문이다.

상가건물임대차보호법은 주택임대차보호법이 성공적으로 정착되어 주택임차인들이 상당히 보호를 받고 있다는 데서 추진된 것이고, 주택임대차보호법은 '채권은 물권을 깨지 못한다.'는 私法상의 대원칙에 대한 예외를 규정한 특별법이다. 이러한 예외를 법률로 규정한 이유는 무엇일까?

인간의 생존을 위하여 가장 필수적인 의·식·주의 한 요소를 안정적으로 보장하고자 하는 국가의 헌법상 의무를 실현하고자 하는 것이었다. 그런데, 주택임대차보호법에 관하여 이러한 헌법

적 바탕에 기초한 논의는 별로 이루어지지 않았다. 주로 논의되는 것은 임대인의 횡포로부터 임차인을 보호하자는 것이었다.

임차인의 보호를 국가의 주거권 보장이라는 헌법상 의무를 바탕으로 고려하는 입장과 임대인·임차인의 대립적 관계에서 고려하는 입장은 임차인 보호를 위한 정책의 수립이나 방향에 커다란 차이를 가져올 수 있다. 전자의 입장에서는 임차인의 보호를 위하여 국가가 주택을 소유하지 못하는 사람들을 위하여 어떻게 주거를 확보하기 위한 정책을 수립하고 예산을 확보하여 주택을 마련하여 줄 것인가를 고려하게 될 것이다. 그러나, 후자의 입장에서는 경제적 강자로부터 경제적 약자를 보호하여야 한다는 방향을 선택하게 되고, 소유권이나 담보권 등 물권을 확보한 사람들이 상대적 강자로서 이들에게 불이익이 전가되는 방법이 거론될 것이다.

우리 나라에서의 주거권보호는 후자의 방법을 선택하였고 그 결과, 헌법규정상 국가가 주택개발 정책을 하도록 노력하여야 할 의무를 그 대표적인 예로 들고 있음에도 불구하고, 무주택자들의 주거 확보를 위한 국가의 생산적 역할보다는 사경제주체끼리의 대립관계를 설정하여 두고 정부는 한 발 뒤에서 지켜 보아도 되는 현상을 야기한 것이다. 즉, 국가는 임차인 보호를 소유자나 담보권자 등 물권을 확보한 사람들로 하여금 불이익을 감수하게 함으로써 달성하게 하는 특별법을 만든 후 무주택자들을 위한 주거확보는 손을 놓고 있어도 그만이었다(국민들의 주거권 확보를

위하여 정부가 어떠한 노력을 하였는지, 무주택자들을 위한 공공주택의 비율은 얼마나 확보되어 있는지도 궁금하다). 그러나, 다시 상가 건물도 임대인과 임차인의 대립관계이므로 특별법으로 상대적 약자인 임차인의 지위를 보장해달라는 요구가 당연히 대두될 수 밖에 없게 되었고, 민법상 임차인 보호를 위한 제반 규정들이 있음에도 불구하고 임차인 보호라는 명분하에 새로운 획일적인 특별법 제정이 이루어진 것이다.

주택임대차보호법은 헌법상 국민의 주거권 보장이라는 필요를 충족시키기 위한 예외적인 입법이다. 그런데, 정부는 이러한 예외적인 특별법을 제정하면서 그 근거에 대한 논의를 왜곡하여 왔다. 그리하여, 원칙이 무시된 예외적인 입법이 다시 예외의 보편화를 불러온 것이다.

#### 나. 보험 요양기관 지정제도의 선택

국민건강보험 요양기관 지정제도에 관한 이야기를 시작하기에 앞서 임대차에 관하여 이렇게 장황한 이야기를 거론하는 것은 우리 나라에서 국민의 건강권 보장을 위한 정책의 추진도 이와 궤를 같이 하여 진행되어 왔기 때문이다. 즉, 왜 헌법상 국가에게 건강권 보장이라는 의무를 부담하게 하였는가, 헌법상의 이러한 의무 이행을 위하여 국가가 부담하여야 할 역할은 무엇인가, 그리고 그 수행을 위하여 어떠한 정책을 채택하여야 하는가 하는 문제는 도외시된 채, 사경제주체인 의료소비자와 의료공급자간의 이해관계만을

염두에 두고 입법과 제도가 시행되고 있고, 논의가 진행되어 왔다.

국민의 건강권은 헌법상 보장된 것이다. 헌법상 이러한 보장규정을 둔 이유는 모든 국민으로 하여금 건강에 위협이 되는 상황에 처하게 하지는 말자는 것이다. 주택의 문제에서 무주택자가 문제 되듯이 건강의 문제에서도 경제적인 약자들이 소외되는 사태를 막자는 것이다. 한 걸음 더 나아가다면, 적어도 평균적인 의료수준을 조금 더 높여서 모든 국민으로 하여금 보다 나은 의료서비스에 접근하도록 하자는 것일 것이다. 따라서, 정부가 할 일은 충분한 의료시설과 의료인력을 확보하는 일이 되어야 한다. 이를 위하여 정부가 선택할 수 있는 정책은 여러 가지가 있을 것이다.

서구 대부분의 나라에서는 국가나 지방정부 등에서 운영하는 공공 의료기관을 확대해가는 방향으로 정책을 추진하여 왔다. 즉, 우리가 건강보험 요양기관 지정제도를 논의하면서 대비하고 있는 영국·프랑스·독일·캐나다 등 여러 나라의 공공 의료기관의 비율이 높은 것은 주어진 환경이 아니라는 점이다. 이들은 국민의 건강권 보장을 위하여 필수적인 의료시설과 의료인력을 국가나 지방정부 등 공공기관에서 직접 투자하여 확보하되, 국민들에게는 이에 필요한 자금을 분담하도록 하여 왔다.

눈을 돌려 우리 나라의 경우를 생각하여 보자. 우리 정부는 국민의 건강권 보장을 위하여 국민 건강보험이라는 제도를 시행한 이외에 의료시설이나 의료인력의 확보를 위하여 과연 어떠한 정

책을 채택하여 시행하여 왔는가를 살펴 볼 일이다.

우리 나라의 공공의료기관의 비율이 10%에 미치지 못하는 사실은 이미 주지의 사실이다. 의료보험이 시행된지 20여년이 지나건만 그 필수적 요소인 의료시설과 의료인력의 확보를 위하여서는 아직도 뚜렷한 대책이 없다. 다만, 사경제주체인 민간의료기관을 비영리라고 규정지어 놓고 그들에게 그 의무를 부담하도록 법으로 강제하고 있을 뿐이다.

과연, 국민의 건강권 보장을 위한 일차적 책임이 의료소비자와 의료공급자간에 설정되어야 하느냐 하는 것을 생각해보아야 한다. 사인간의 법률관계에 헌법이 직접 적용될 것이냐 여부에 관한 법률상의 견해에 관하여 어떠한 입장을 취하더라도 헌법이 규정하고 있는 국민의 건강권에 관련된 조항들을 다시 한 번 음미하여 본다면, 국민의 건강권 보장을 위하여 헌법은 일차적으로 국가가 직접 노력하라는 것이다.

관련된 헌법규정을 살펴 보면 다음과 같다. 즉,

제34조 제2항 : 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

제34조 제5항 : 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

제35조 제1항 : 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며……

제36조 제3항 : 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

이러한 헌법상의 규정이 일부 국민들로 하여금

모든 국민들의 건강권 확보를 위하여 헌법상 보장된 지위를 양보하라는 취지가 아님은 너무나 명백하다. 헌법은 분명히 국가가 국민의 보건을 보호하고, 사회보장, 사회복지에 증진하여야 하며, 신체장애자와 질병, 노령 기타 사유로 생활능력이 없는 국민을 보호하라고 규정하고 있다. 이러한 헌법을 만들고, 국민들이 조세 의무를 부담하는 이유는 바로 국가로 하여금 이러한 의무를 부담하는 책임을 지게 하는 대신, 이를 이행하기 위한 재원을 확보하여 준 것이다.

그런데, 우리 정부가 이러한 헌법상 선언된 국민의 건강권 보장을 위하여 어떠한 적극적 노력을 하여 왔는지 잘 모르겠다. 요양기관 지정제도의 시행이 이러한 국민의 건강권 보장을 위한 요양기관 확보를 위하여 국가가 채택한 한 방법임은 분명하다. 그러나, 이것은 요양기관 확보를 위하여 국가가 법률로 사경제주체를 일방적으로 강제동원한 것일 뿐 적극적인 노력의 결과는 절대 아닐 것이다. 즉, 국가가 부담하여야 할 의무의 이행을 사경제주체에게 전가하는 예외적인 방법을 보편적으로 채택한 것이다. 그리고, 그 사이에서 생기는 부작용은 전적으로 의료소비자와 의료공급자 사이의 갈등의 문제로 전가시키고 있다.

이것은 위에서 본 바와 같이 주택임대차보호법의 시행으로 정부가 국민의 주거권 확보를 위한 노력을 다 하였다고 하는 것과 다를 바 없다.

그렇다면, 의료에서의 정부의 의무 이행을 소비자

자와 공급자 사이의 이해관계를 법으로 강제하는

방법으로 해결한 경험이 또 다른 어떤 분야에서 동일한 형태로 분출되어 나올 것인지 불안해하는 것도 당연한 것이다.

### 다. 예외에 대한 원칙의 검토

‘예외에도 원칙은 있어야 한다.’는 말은 어느 건축가가 쓴 수필집에서 접하였다. 법과 제도, 정책을 시행함에 있어 예외적인 경우에도 그러한 예외적인 결정을 채택할 수 밖에 없는 근거를 검토하고, 예외를 채택하는 원칙을 세워 그 원칙이 지켜져야 한다는 것이다.

예외를 채택하는 근거와 이에 부합하는 원칙이 세워지지 않거나 그러한 원칙이 지켜지지 않는다면, 예외적인 상황에 따른 예외적인 정책과 제도의 시행이 남발되어 큰 원칙 자체가 무너진다는 너무나 당연한 이야기였다.

국민의 건강권 보장을 위한 건강보험제도의 시행을 의료소비자와 의료공급자 사이의 이해관계로 해결하려 하는 예외적인 정책이 앞으로 또 어떤 다른 분야에서 어떤 형태로 적용될 것인지 예측을 할 수가 없다.

## 3. 건강보험 요양기관 지정제도의 논의 방향

건강보험 요양기관 지정제도에 관한 국민건강보험법 제40조 제1항이 헌법에 부합하는 것이냐

여부를 놓고 헌법소원을 제기한지 2년이 되어간다. 하지만, 개인적으로 문제가 있다고 토로하기 시작한 것은 5년이 훨씬 넘는 일이다.

이 부분에 관한 문제의 제기는 내가 법률가이기 때문에 법적인 관점에서 먼저 시작한 것이 아니라, 한 생활인으로서 겪었던 불편함을 과연 내가 국민의 한 사람으로서 당연히 감내하여야 할 부분인가를 검토하면서 시작된 것이며, 그 당시 내가 그러한 불편을 느꼈던 이유는 바로 다른 국민들의 분쟁처리라는 산적한 업무를 처리하기 위한 필요때문이었음을 밝혀 두고 싶다.

이 문제에 관하여 법조문을 따지고 헌법상 추상적으로 규정된 기본권 제한의 한계의 문제를 논하기에 앞서 과연 현행 국민건강보험 요양기관 지정제도가 상식에 부합하는 제도이며, 헌법상 보장된 국민의 건강권 보장을 위하여 불가피한 제도인가를 생각해 보았으면 좋겠다.

우리 헌법 어느 곳에 모든 국민에게 균등한 의료서비스를 제공하라고 되어 있는가 찾아보자. 그리고, 현실적으로 모든 국민에게 제공되는 의료서비스가 과연 균등한가도 살펴보자. 아니라면, 진정 우리 헌법이 국민의 건강권을 보장하고자 하는 것이 어떠한 취지인지를 다시 한 번 생각해보자. 그리고, 현실적으로 존재하는 질의 차이를 어떻게 전체적인 이익으로 환원시킬 것인지도 생각해보자.

건강보험 요양기관 지정제도에 관한 논의가 인위적인 법조문의 해석과 현재 우리가 처한 환경

을 주어진 여건으로 생각하는 데서 머물러 있지 말고, 국민의 건강권을 보다 더 나은 단계로 향상시키는 방향으로 이루어졌으면 좋겠다. 헌법소원에서 승패를 떠나 헌법이 선언하고 있는 제반 원칙과 예외의 한계·우리가 지향해 나가야 할 방향·우리가 처한 현실적인 문제가 조성된 원인·헌법적 책임의 소재와 그 이행을 위한 가장 바람직한 정책 등에 관한 진지한 논의, 정부·의료공급자·의료소비자 모두의 솔직한 반성을 통하여 헌법 정신을 제대로 추구하여 나갔으면 하는 것이 솔직한 바람이다.

그리하여, 요양기관 지정제도에 관해서도 어느 이해관계인의 입장이 아니라 하나의 제도가 존립하는 근거가 되는 원칙에 입각하여 판단하고, 정책을 수립하여 추진하여 나갔으면 좋겠다. 커다란 원칙을 지켜나가면서 예외는 그 예외가 필요한 근거와 예외를 채택하는 원칙에 맞도록 채택하면서 말이다. <sup>2002</sup>