의료법상 규제에 대한 헌법적 고찰

연세대학교 보건대학원

보건의료법윤리학과

김 홍 관

의료법상 규제에 대한 헌법적 고찰

지 도 이 경 환 교 수

이 논문을 보건학석사학위 논문으로 제출함

2005년 6월 일

연세대학교 보건대학원

보건의료법윤리학과

김 홍 관

김홍관의 보건학석사 학위논문을 인준함

심사위원_____인

심사위원_____인

심사위원_____인

연세대학교 보건대학원

2005년 6월 일

감사의 글

학부를 졸업한지 한참을 지나 다시 대학원에서 공부를 한다는 것이 한편으로는 반갑기도 하였지만 사실 두려움이 더 많았습니다. 어쩌다 생소한 의료문제에 눈이 닿았는지 의아스럽기도 합니다. 2000년 의료대란의 한 귀퉁이에 서 있어야 했던 것이 원인이 되어 결국은 이 자리까지 오지 않았나 싶습니다. 한 동안 단절되었던 배움을 또 연결해 가면서 그 동안 제가 가져왔던 생각이나 지식에 많은 변화가 있음을 스스로 느끼게 됩니다. 참 많은 것을 배웠습니다. 그러나 지금 쓴 논문을 어느 곳에 꺼내 놓기에는 저의 지식이 너무나 하찮고 가벼워 부끄럽기만 합니다. 의료법에 대하여 나름대로 문제점을 기술해보고자 시작하였으나 구성이 치밀하지도 못하고 논리적으로 미흡하기만 한 것은 제 능력이 부족한 탓일 것입니다. 부족함이 많은 논문을 제출하는 만큼 앞으로 더 많은 노력으로 부족한 부분을 채워 가도록 하겠습니다.

논문을 쓰기까지 도와주신 분들께 감사드립니다. 대학원 진학에서부터 지금까지 관심을 갖고 지켜봐주신 손명세 교수님과 법률에 대한 지식이 많이 부족한 저를 자상하게 지도해 주신 이경환 교수님께 진심으로 감사드립니다. 논문의 문제점을 정확히 지적해 주시며 가르침을 주신 전광석 교수님과 남은우 교수님께도 고개 숙여 감사드립니다.

때를 잃고 나이 들어 공부하겠다는 못난 자식을 감싸주신 부모님과 어려운 일들을 감수하며 공부할 수 있도록 도와준 제 인생의 더 없는 친구인 아내에게 감사의 마음을 전하고자 합니다.

김홍관 올림

차 례

국문 요약 ····· iv

제 1 장 서론 ····· 1
1. 연구의 목적 ····· 1
2. 연구의 방법 ····· 3

제 2 장 의료인에 대한 규제 ····· 4
1. 의료인에 대한 규제의 의의 ····· 4
2. 규제의 분류 ····· 5
(1) 의료인의 자격에 관한 규제 ····· 5
가. 의료법 제8조 의료인의 결격사유 ····· 5
나. 의료법 제52조 면허 취소 ····· 7
다. 의료법 제53조 자격정지 ····· 8
(2) 의료행위에 대한 규제 ····· 10
가. 의료법 제16조 진료거부금지 ····· 10
나. 의료법 제19조2 태아성감별 ····· 11
(3) 의료기관 개설과 영업에 관한 규제 ····· 13
가. 의료법 제30조 개설제한 ····· 14
나. 의료법 제46조 과대광고의 금지와
제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지 ····· 17
다. 의료법 제48조 업무개시명령 ····· 19

제 3 장 의료규제관련 기본권 ····· 21
1. 기본권 고찰의 의의 ····· 21
2. 의료인의 헌법상 기본권 ····· 22
(1) 인간으로서의 존엄과 가치 ····· 22
(2) 행복추구권 ····· 23
(3) 평등권 ····· 25
가, 헌법 및 법률상의 차별 ····· 26
나. 평등권의 심사기준 ····· 27
다. 의료인의 평등권 ····· 28
(4) 직업선택의 자유 ····· 29
가. 직업선택의 자유 ····· 30
나. 직업행사의 자유 ····· 30
다. 공정경쟁의 보호 ····· 31
라. 직업선택의 자유의 제한 ····· 32
마. 의료인의 직업선택의 자유의 제한 ····· 33
(5) 언론 출판의 자유 ····· 41
가. 언론의 자유에서 파생되는 권리 ····· 42
나. 언론・출판의 자유의 제한 ····· 42
다. 의료인의 언론・출판의 자유 제한 ····· 43
(6) 집회 결사의 자유 ····· 44
(7) 재산권 행사의 자유 ····· 45
가. 재산권행사의 사회적 의무성 ····· 46
나. 재산권의 제한 ····· 47
(8) 기타 보건의료 관련된 기본권 ····· 47
가. 주거의 자유 ····· 47

나. 사생활의 비밀과 자유 ····· 50
다. 통신의 자유 ····· 51
라. 학문과 예술의 자유 ····· 54
마. 공무 담임권 ····· 55
바. 재판을 받을 권리 ····· 57
3. 의료인의 기본권 제한 ····· 58
(1) 기본권보장의 상대성 ····· 58
(2) 기본권제한의 목적 ····· 59
(3) 기본권 제한 형식 ····· 60
(4) 기본권 제한의 방법과 정도 ····· 60
(5) 기본권 제한의 한계 ····· 64
4. 국민보건의료에 관한 국가의 의무 ····· 64
(1) 보건의료공급에 대한 헌법적 근거 ····· 64
가. 국민의 보건에 관한 권리 ····· 64
나. 무면허 의료행위의 금지 ····· 66
(2) 의료법의 제정 ····· 67

제 4 장 결 론 ····· 70
1. 연구결과로부터의 고찰 ····· 70
(1) 의료인의 자격에 관한 규제 조항 ····· 70
(2) 의료행위에 대한 규제 조항 ····· 71
(3) 의료기관 개설과 영업에 관한 규제 조항 ····· 72
2. 연구결과로부터의 결론 ····· 74
참고문헌 ····· 76
영문초록 ····· 78

국문 요약

의료법상 규제에 대한 헌법적 고찰

본 논문은 의료법상의 의료인과 의료기관에 대한 규제 조항을 헌법상의 기본권을 근거로 검토하여 의료인의 기본권이 의료법상에서 합리적으로 실현되고 있는지 고찰하고 문제점을 제시하는데 목적을 두고 있다. 모든 의료기관이 요양기관으로 지정되어 공법체계에 편입되는 상황에서는 필연적으로 진료의 내용과 함께 의료인들의 기본권이 제한되기 마련이며, 의료인의 기본권은 공공의 이익을 위하여 제한되어도 괜찮은 가치로 쉽사리 침해되기 마련이다. 이러한 기본권의 제한이 타당하고 합리적인 수준의 것인지 아니면 기본권과 사경제 주체에 대하여 과도한 규제를 하고 있는 것은 아닌지 검토하여 그 문제점을 찾고자 하는 것은 의료정책을 두고 정부와 의료계가 대립하고 불신하는 문제를 해결하는 전제가 될 것이다.

본문의 제2장에서는 의료법상의 규제를 의료인의 자격에 관한 규제, 의료행위에 대한 규제, 의료기관 개설과 영업에 관한 규제로 분류하여 각 부분에서의 문제점을 고찰하였으며, 제3장에서는 헌법상의 기본권을 중심으로 제2장에서 문제 제기한 조항에 대한 합리성 여부를 고찰하였다.

의료인의 자격에 관한 규제 조항으로 의료법 제8조 의료인의 결격사유와 의료법 제52조 면허취소, 제53조 자격정지 등의 문제를 들 수 있다. 의료인으로서의 자격은 '인체 전반에 관한 이론적 뒷받침과 인간의 신체 및 생명에 대한 외경심을 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 자'에게 주어지며, 이는 사회질서 유지와 공공복리의 증진을 위하여 규제하고 있다. 의료인으로서의 결격사유는 이러한

의료인으로서 업무 수행에 적합성을 판단하는 문제이며, 의료인의 직업적 특수성, 법적지위, 요구되는 윤리관 등을 고려하여 규정하여야 한다.

의료행위에 대한 규제 중 의료법 제16조 진료거부금지 조항은 의료인과 환자 간의 사법상 법률관계를 변경하는 규제로 적절한 보상체계가 마련되지 않은 상태에서 진료비의 체납으로 인한 진료거부를 진료거부 금지 의무위반의 이유로 볼 수는 없다고 판단된다. 이는 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생하는 계약의 자유, 헌법 제119조 제 1항의 개인의 경제상의 자유를 침해하는 조항이라 판단된다. 의료법 제19조2 태아감별 금지 조항은 임부와 가족들의 알권리가 제한되고 성감별에 따른 낙태가 일반적인 관행은 아니며, 실질적으로는 낙태에 대한 조항은 사문화 되었다고 볼 수 있으므로 태아의 성감별을 금지하는 조항은 성감별을 금지함으로써 낙태를 방지한다는 입법목적을 상실하였다고 볼 수 있다. 또한 개개인의 능력과 여건에 따라 가족계획이 이루어지고 있는 시대적인 변화를 감안한다면 낙태를 이유로 성감별을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되며, 성감별 행위 자체를 면허취소의 사유로 규정한 현행법은 직업행사의 자유를 위반하는 조항으로 검토되어야 마당하다고 판단된다.

의료법 제30조 개설제한과 의료법 제46조 과대광고의 금지와 제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지, 의료법 제48조 업무개시명령 등 의료기관 개설과 영업에 관한 규제는 기본적으로 의료서비스는 정보의 비대칭성에서 비롯되는 시장결함적 특성을 행정상의 규제를 통해 국가가 개입하여 의료가 상업화 되는 것을 차단하고 의료의 직업적 윤리성과 공공성을 확보하자는 목적을 근거로 하고 있다. 이는 의료기관의 직업수행의 자유에 포함된 영업의 자유, 헌법 제119조 제1항에 규정되어 있는 경제상의 자유, 표현의 자유를 제한하는 조항이나, 개설제한과 의료광고에 대한 규제는 의료시장개방에 따라 의료서비스의 대외 경쟁력을 강화하고 산업으로 육성하기 위해 영리법인, 의료광고 등을 허용하기로 함에 따라 변화가 예고되어 있으며, 의료기관의 영업에 대한 규제 또한 외부적·시대적 변화에

대하여 대응 할 수밖에 없을 것이라는 점에서 완화될 것으로 예상된다. 의료법 제48조는 지도와 명령을 하는 근거와 사유가 추상적이고 명확하지가 않다. 즉 지도와 명령권자의 자의적인 판단을 규제의 근거로 하고 있다는 점에서 위헌의 여지가 있으며, 개별사업자에 대하여 집단 휴·폐업 등의 집단행동을 금지하는 규정은 헌법에 근거하지 않고 의료인이라는 사회적 신분에 대하여 국가공무원에 대한 규제에 준하는 권리제한의 규정들이라고 할 수 있다. 이는 의료인의 헌법상의 평등권과 행복추구권에서 파생되는 일반적인 행동자유권, 헌법 제15조 직업수행의 자유, 헌법 제21조 결사의 자유의 구체적 내용인 단체활동의 자유, 헌법 제23조 재산권 및 헌법 제 119조 제 1항의 경제활동의 자유를 침해하는 조항으로 이에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

핵심 용어 : 의료인의 기본권/ 의료법상 규제/ 기본권의 제한

제 1 장 서론

1. 연구의 목적

우리나라의 의료공급체계의 특징은 공공의료기관과 민간의료기관의 구별 없이 모든 의료기관이 요양기관 당연지정제 라는 법적강제에 의해 공적의료체계 내로 편입되어 국민건강보험법의 규정에 따라 의료서비스를 제공하고 있다는 점이다. 모든 의료기관이 의료보험 요양기관이 되어 보험환자를 진료하는 경우 보험수가에 의해 의료서비스 비용을 통제 받을 뿐만 아니라 진료행위도 보험금 지급 심사 과정에서 정부의 통제를 받는 것이다. 의료인의 진료권마저 자율성이 배제된 채 본인의 의지와는 상관없이 객관적인 사유에 의해 획일적으로 공적의료체계에 동원되는 것은 의료공급 자체를 규율하는 강제와 통제로서만 가능한 것이며, 이는 필연적으로 의료보험의 시행 주체인 국가와 의료인 사이에 갈등과 대립을 수반할 수밖에 없는 것이다. 이러한 우리나라 의료법체계에 대하여 박형욱은 '요양기관 강제지정이라는 폭력적 제도를 토대로, 합리적인 수단 대신에 일방적인 통제와 명령으로 의료체계를 운영해 왔으며, 법적으로는 명백한 실정법 위반과 위헌의 소지가 많은 법운용을 특징으로 하고 있다.'[1]라고 비판하고 있다.

의료서비스라는 재화를 공공재로 보는 입장에서는 의료시장에 대한 국가개입을 필요한 것으로 간주하고 의료서비스에 대한 통제와 간섭을 정당화 한다. 특히 우리나라처럼 민간의료기관을 공적의료체계로 강제 동원하고 통제의 수준을 강화함으로서 의료보험체계를 구축하고 의료의 공공성을 확보하려는 경우 의료인의 기본권은 공공의 이익을 위하여 제한되어도 괜찮은 가치로 쉽사리 침해되기 마련

1) 박형욱, "한국의료법체계의 성격과 역사적 변천",연세대학교 대학원 보건학과 박사논문, 2000, 163면

이다. 본 연구는 헌법상의 기본권을 근거로 하여 의료법의 규제조항들을 검토해 보고 문제점을 제시하고자 하는 목적을 갖고 진행되었다. 이러한 시도는 의료인의 사회적 신분은 일반 국민과 다를 바 없으나, 의료인의 직업수행에 있어 규제는 공무원과 다를 바 없고, 의료인으로서의 의무와 책임이 진료권에 비해 너무 무겁다는 인식이 의료인들에게는 존재하고 있어 의료정책에 대한 정부 불신의 원인이 되고 있으며, 의료인의 직업수행에 있어 갈등의 요인으로 작용하고 있다는 판단에서 비롯한다. 비록 목적이 정당하다 하여도 개인의 기본권을 침해하며 공공의 이익을 위해 희생할 것을 명령하는 정책은 정당성을 얻기 힘들 뿐만 아니라 사회적 갈등과 대립의 근원이 되기 때문이다.

사회의 발전은 구성원의 자유로운 직업선택과 직업수행을 통한 개성신장의 추구로서 이루어지는 것이다. 의료인도 자기의 보건의료서비스를 제공하여 자기의 경제적 생활수요를 해결하고 자유로운 인격실현을 추구할 권리가 충분히 보장되어야 한다. 이러한 가운데 의료부문에서의 발전이 사회로 환원되어 국민에게 보다 양질의 의료가 제공될 것이다.

의료법을 연구의 대상으로 선정한 까닭은 보건의료공급에 관련된 법률은 많으나 의료법이 의료인의 자격과 권한 의무에 대하여 총체적으로 규정하고 있으며, 때문에 헌법상의 기본권이 행정법으로서 의료법에는 어떻게 실현되고 있는지 고찰하기에 용이할 것이라는 판단에서이다. 의료법상의 문제점을 모두 검토해 본다는 것이 연구자의 한정된 능력으로는 부족할 것이라는 판단에 의료법에서도 의료인과 의료기관에 대한 국가의 규제조항을 고찰하는 것으로 범위를 한정하였다. 기존의 선행연구가 우리나라 의료정책이나 이념을 연구대상으로 하였거나 일부 특정 조항이나 규제를 연구대상으로 삼았던 반면 헌법상의 기본권이 의료법에는 어떻게 실현되고 있으며 위헌성은 없는지 의료법 전반에 걸친 검토가 부족했었다고 본다. 미진하나마 이러한 연구가 기존의 선행 연구의 성과와 더불어 의료법이 갖는 문제점과 개선 방향을 지적하고 사회적 갈등을 풀어나가는 단초라도 된다면

의료인뿐만 아니라 우리 사회에도 도움이 될 수 있지 않을까 한다.

국내 의료시장 개방과 의료 서비스산업 발전이라는 시대의 흐름에 맞춰 의료법 조항과 의료공급체계를 정비하는 것은 의료부문의 발전을 위해 시급히 필요한 일일 것이다.

2. 연구의 방법

본 연구의 일차적인 목적은 헌법에 규정된 기본권이 의료인에게는 어떻게 적용되고 있는지 고찰하는데 있다. 이에 따라 제 2장에서는 의료법상의 규제 조항을 의료인, 의료행위, 의료기관과 관련된 규제 별로 분류하고 국민으로서 의료인이 누릴 수 있는 기본권이 의료법 각 조항에 제대로 투영되고 있는지를 검토하였다. 이를 위하여 의료법을 분석한 학술자료와 논문, 헌법재판소의 판례 등을 고찰하여 의료법의 각 조항 중 기본권을 침해한 내용을 정리하고 분석하였다. 제 3 장에서는 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 우리 헌법의 이념과 구성 원리, 개별 기본권 조항에 대한 규정을 고찰하고 의료법뿐만 아니라 의료관련법상의 조항이나 사건, 헌법재판소의 판례 등을 예시하며 비교 기술하였다. 또한 의료인의 기본권 제한의 헌법적 근거를 고찰하고 국가의 의료보장 의무와 의료법의 제정과정, 배경 등도 고찰함으로써 의료법상의 의료인에 대한 규제 내용을 객관적으로 검토해 보는 과정을 마련하였다. 제 4장에서는 2, 3 장의 검토를 기초로 개별 조항의 규제 사항에 대한 합리성 여부를 고찰하고 제 5장에서 의료법의 개정 방안 등을 제시할 것이다.

제 2 장 의료인에 대한 규제

1. 의료인에 대한 규제의 의의

헌법 제 36조 3항에 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다' 하여 보건의료에 관한 국가의 의무를 규정하고 있다. 이는 국가는 국민의 건강생활을 침해해서는 안 된다는 소극적인 의미뿐만 아니라 적극적으로 국민보건을 위하여 정책을 수립하고 시행할 의무를 갖고 있음을 의미한다. 보건의료에 관한 국가의 의무는 보건의료법률에 의해서 구체화 되고 현실화 된다. 의료법은 보건의료공급에 관한 사항을 총체적으로 규정하고 있는 법률로써 의료인의 자격과 권한, 의무, 의료기관의 개설 및 영업 등에 대하여 전반적인 사항을 규율하고 있다. 보건의료에 관한 직업 면허는 의료행위가 국민의 건강과 생명에 위해를 끼칠 위험이 있으므로 법률에 의해 의료행위를 전면적으로 금지시키고 일정한 자격요건을 갖춘 자에게만 의료기관 개설 및 의료행위를 할 수 있도록 허가함으로써 사회질서 유지 및 공공의 이익을 보호하기 위한 것이며[2], 보건의료업무를 생존기반의 창출 및 유지를 위한 생활수단적 활동[3]으로 허용하는 것을 말한다. 이러한 권리부여에 대응하여 의료인에 대하여 일정한 의무부과 및 의료기관 영업에 대한 규제 등의 부담을 지우고 있다.[4] 한편으로는 의료서비스는 의료의 전문성에서 비롯되는 정보의 비대칭에 의해 소비자의 선택이 제한되어 있음으로 하여 시장실패가 일어나는 분야로 이러한 의료서비스의 재화로서의 특성은 보건의료 시장에 정부 개입의 근거[5]가 되고 있다. 이처럼 국가는 사회질서 유지와 공공복리의 증진을 위하여 의

---

2) 헌재결, 1998.7.16 [96 헌마 246]
3) 헌재결, 1993.5.13 [92 헌마 80]
4) 강경근, 헌법과 보건의료법, 11-12면
5) 김기경, "보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제", 연세대학교 대학원 법학과 박사학

료인의 자유나 권리를 규제함으로써 보건의료 공급에 대한 국가의 의무를 수행한다는 점에서 의료인에 대한 규제는 의의를 지닌다.

2. 규제의 분류

(1) 의료인의 자격에 관한 규제

의료인의 자격에 대한 규제는 의료인의 면허제도를 말한다. 면허제도는 주관적 사유에 의하여 직업선택의 자유를 제한하는 것이다.[6] 의료행위는 성격상 사람의 건강과 생명에 직접적으로 영향을 미치므로 국가는 의료인의 자격요건을 설정하여 일정한 자격을 갖춘 자에게만 의료기관 개설 및 의료행위를 할 수 있도록 허가하여 국민의 건강을 보호하고 공공복리와 사회질서를 유지한다.

가. 의료법 제8조 의료인의 결격사유

보건의료인으로서 면허를 취득하기 위해서는 결격사유에 해당되지 않아야 한다. 결격사유는 규정된 사유에 해당될 경우 허가에서 배제시키는 소극적 허가요건을 말한다.[7] 의료법 제8조[8]는 의료인이 될 수 없는 결격사유를 규정하고 있다.

위 논문, 2002, 80면

6) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2005), 568면; 이승우, "국민건강보험법 제40조 제1항의 위헌성", 한국의료법학회 학술대회 연제집, 한국의료법학회, 2002.3.9, 3면

7) 김기경, "보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제", 연세대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2002, 50면

8) 제8조 (결격사유등) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 의료인이 될 수 없다. 1. 정신질환자 3. 마약·대마 또는 향정신성의약품중독자 4. 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 5. 이 법 또는 형법 중 제233조 (허위진단서등의 작성), 제234조 (위조사문서등의 행사), 제269조 (낙태), 제270조 (의사 등의 낙태, 부동의 낙태), 제317조 제1항 (업무상비밀누설), 제347조(허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관 또는 단체를 기망한 경우에 한한다), 보건범죄단속에관한특별조치법·

또한 위 결격사유에 해당할 때는 국가시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있다[9]. 결격사유란 신뢰성[10]이 결여된 자에 대하여 원천적으로 해당 직업활동을 할 수 없도록 하기 위한 제도를 말하는 것으로 직업선택의 자유를 제한하는 규정이다. 직업허가와 관련하여 신뢰성의 문제는 개인적인 인격이나 성격·성향 등 주관적인 요소가 직업을 수행하는 과정에서 대상자에 위해를 끼치지 않고 사회질서에 합당하게 직업수행을 할 수 있는지를 보장하는 문제로 신뢰성이 결여되면 직업면허의 거부사유 및 면허의 철회사유에 해당 한다.[11] 의료법 제8조에서 규정하고 있는 의료인의 결격 사유는 의료인으로서 직업수행을 하는데 적합한지 신뢰성을 판단하는 것으로 결격사유의 내용을 보면, ㈀ 정신질환자, 마약 등 향정신성의약품중독자는 보건의료인이 될 수 없도록 규정하고 있다. 이는 국민의 생명을 직접 다루는 보건의료직업의 특성상 보건의료공급자의 신체적·정신적 건강 역시 매우 중요한 문제임을 의미한다. ㈁ 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자는 보건의료인이 될 수 없도록 규정하고 있다. 특히 파산선고를 받은 의사의 면허취소 문제는 파산 후에도 의료행위를 계속할 경우 무리한 경제적 이득을 추구하여 적정진료의 범위를 이탈할 우려가 있기 때문인 것으로 해석하고 있다.[12] ㈂ 의료법 또는 의료관련법령 위반과 형법 중 제233조 (허위진단서등의 작성), 제234조 (위조사문서등의 행사), 제269조 (낙태), 제270조 (의사 등의 낙태, 부동의 낙태), 제317조 제1항 (업무상비밀누설), 제347조(허위 진료비 청구)등을 위반하여 금고 이상의 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로

지역보건법·후천성면역결핍증예방법·응급의료에관한법률·농어촌등보건의료를위한특별조치법·시체해부및보존에관한법률·혈액관리법·마약류관리에관한법률·약사법·모자보건법 기타 대통령령이 정하는 의료관련법령에 위반하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자

9) 의료법 제10조 (응시자격의 제한 등) ①제8조제1항 각호의 1에 해당하는 자는 국가시험 등에 응시할 수 없다.

10) 여기에서 말하는 신뢰성은 도덕상·형벌상의 문제가 아니라 경찰상의 책임을 말한다. 홍정선, 행정법원론(하)(박영사, 2002), 583면

11) 김기경, 전게논문, 51면

12) 김기경, 전게논문, 53면

확정되지 아니한 자는 보건의료인으로서 결격사유에 해당되며, 이는 의료업무와 관련된 형법상의 죄를 근거로 직업수행에 대한 신뢰성을 판단함을 의미한다. 의료법 제8조에 규정되어 있는 결격사유에서 쟁점이 되는 것은 이러한 결격사유의 범위와 정도의 문제로 공무원법이나 선거법상의 결격사유처럼 일반적인 범죄 경력을 신뢰성의 판단 기준으로 삼을 것인지, 아니면 '업무관련법상 의무위반'과 '업무와 관련된 형법상의 죄'에 한하여 신뢰성 판단의 기준으로 삼을 것인지 하는 점이다. 의료인의 자격과 관련하여 자격관련 결격사유에 대한 조항은 제정의료법에서는 ' 의료관계법령을 위반하여 금고 이상의 형을 받았을 때'로 규정하였으나1973년 비상국무회의에서 '의료관계법령' 이라는 단서를 삭제하여 처벌을 강화하였다. 1987년에는 '이법 또는 국가보안법·형법·농특법 등 보건의료법령'으로 개정 범위가 축소되었다가 1994년 형법의 범위가 형법 제233조, 269조, 270조, 317조 등 의료관련 형법조항으로 축소되었다. 2000년 1월에 개정된 의료법에서는 업무와 관련된 특정법 위반에 한하여 결격사유로 제한하고 있다. 결격사유의 범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 헌법상 보장된 기본권인 직업선택의 자유를 제한한다는 점에서 결격사유의 적정성에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

나. 의료법 제52조 면허 취소

의료법 제52조는 의료인의 면허취소 사유를 규정하고 있다.[13] 면허취소의 사

13) 제52조 (면허의 취소 및 재교부) ①보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다. 1. 제8조제1항 각호의 1에 해당하게 된 때 2. 삭제 3. 제53조의 규정에 의한 자격정지처분 기간 중에 의료행위를 하거나 3회 이상 자격정지처분을 받은 때 4. 제11조제1항의 규정에 의한 면허의 조건을 이행하지 아니한 때 5. 제19조의2의 규정에 위반한 때 6. 면허증을 대여한 때 ②보건복지부장관은 제1항의 규정에 의하여 면허가 취소된 자라 할지라도 그 취소의 원인이 된 사유가 소멸하거나 개전의 정이 현저하다고 인정될 때에는 그 면허를 재교부할 수 있다. 다만, 제1항 제4호의 규정에 의하여 면허가 취소된 경우에는 그 취소된 날부터 1년 이내, 제1항 제3호·제5호 또는 제6호의 규정에 의하여 면허가 취소된 경우에는 그 취소된 날부터 2년 이내, 제8조제1항 제5호의 규정에 의한 사유로 면허가 취소된 경우에는 그 취소된 날부터 3년 이내에는 재교부하지 못한

유는 위 가.항에서 서술한 의료법 제8조 의료인의 결격사유와 의료법 제11조 제1항[14]에서 규정하고 있는 면허 허가의 조건을 이행하지 않을 경우, 동법 제19조2 태아의 성감별 행위를 하였을 경우 등을 말하는 것으로, 민법상의 행위무능력자[15]에 대한 결격사유 외 의료인의 결격사유로 의료법 또는 의료관련법령 위반과 형법 중 제233조 (허위진단서등의 작성), 제234조 (위조사문서등의 행사), 제269조 (낙태), 제270조 (의사 등의 낙태, 부동의 낙태), 제317조 제1항 (업무상비밀누설), 제347조(허위 진료비 청구)등을 위반하여 금고 이상의 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자 등을 규정하고 있다. 의료인의 결격사유 규정은 대부분 의료행위와 관련한 의무위반을 대상으로 하고 있으나 제347조(허위 진료비 청구)는 직접적인 의무행위가 아닌 부수적인 의무위반 사항이다. 위 조항은 2002년 3월30일 개정된 의료법에서 의료인의 결격사유로 추가된 것으로, 이는 건강보험재정이 적자운영 된 사건이 사회적으로 문제가 된 것을 계기로 보험금의 청구 등 의료인의 보험재정관련 위법행위를 신뢰성의 판단기준으로 삼아 의료인의 면허 취득과 상실의 요건으로 삼고자 하는 것이다. 그러나 이 조항은 의료행위와 관련 없는 부수적인 의무를 의료행위를 허가해준 면허의 취소사유로 규정하고 있어 과잉금지의 원칙을 위배되는 문제점이 있다고 판단된다.

다. 의료법 제53조 자격정지 등

의료법 제53조[16] 자격정지 처분은 해당 의사의 의사면허 자격을 일정기간 동

다.

14) 의료법 제11조 (면허의 조건 및 등록) ①보건복지부장관은 보건의료시책상 필요하다고 인정될 때에는 제5조 내지 제7조의 규정에 의한 면허에 있어서 3년이내의 기간을 정하여 특정지역 또는 특정업무에 종사할 것을 면허의 조건으로 붙일 수 있다.

15) 민법상의 행위무능력자로는 정신질환자, 마약·대마 또는 향정신성의약품중독자, 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 등을 들 수 있다.

16) 의료법제53조 (자격정지등) ①보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 1에 해당할 때

안 정지시켜 의료행위를 못하도록 하는 행정처분이다. 자격정지의 사유에 해당하는 행위를 규정한 조항을 살펴보면, 제1항 제1호에 '의료인으로서 심히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때'로 규정하고 품위를 손상시키는 행위의 범위에 대해서는 대통령령[17]으로 별도 규정하고 있다. 의료법시행령 제21조 제1항에 규정되어 있는 품위를 손상시키는 행위에 대하여 '학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위', '비도덕적 진료행위', '불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 등으로 규정하고 있다. '학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위'는 의료법제53조 제1항에 '의료기술상의 판단을 요하는 사항에 관하여는 관계전문가의 의견을 들어 결정할 수 있다.'고 명시하여 해당 행위의 처분에 의학적 전문성이 개입되어 객관적인 판단의 기준으로 작용할 수 있다. 그러나 '비도덕적 진료행위'에 대해서는 무엇을 의미하는지 별도의 규정을 두고 있지

에는 1년의 범위 내에서 그 면허자격을 정지시킬 수 있다. 이 경우 의료기술상의 판단을 요하는 사항에 관하여는 관계전문가의 의견을 들어 결정할 수 있다. 1. 의료인으로서 심히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때 2. 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 때 3. 제18조제1항 및 제2항의 규정에 의한 진단서·검안서 또는 증명서를 허위로 작성하여 교부하거나 제21조제1항에 의한 진료기록부등을 허위로 작성한 때 4. 제25조제1항의 규정을 위반하여 의료인이 아닌 자로 하여금 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허된 이외의 의료행위를 하게 한 때 5. 의료기사가 아닌 자로 하여금 의료기사의 업무를 하게 하거나 의료기사에게 그 업무의 범위를 일탈하게 한 때 6. 관련서류를 위조·변조하거나 사위 그 밖의 부정한 방법으로 진료비를 허위청구한 때 7. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

②제1항 제1호의 규정에 의한 행위의 범위는 대통령령으로 정한다.

④의료기관은 당해 의료기관의 개설자가 제1항제6호의 규정에 의하여 자격정지처분을 받은 때에는 그 자격정지기간 중 의료업을 할 수 없다.

17) 의료법시행령 제21조 (의료인의 품위손상행위의 범위) ①법 제53조제2항의 규정에 의한 의료인의 품위손상행위의 범위는 다음 각호와 같다. 1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산업무 및 간호업무를 포함한다. 이하 같다) 2. 비도덕적 진료행위 3. 허위 또는 과대의 광고행위 4. 불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위 5. 전공의의 선발등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위 6. 영리를 목적으로 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 그가 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위 7. 영리를 목적으로 자신이 처방전을 교부한 환자를 특정약국에 유치하기 위하여 약국개설자 또는 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위

②특정한 행위가 제1항의 품위손상행위에 해당되느냐의 여부에 관하여 의심이 있을 때에는 중앙의료심사조정위원회에서 심의 결정하는 바에 의한다.

않으며, 판단의 기준도 없어 비도덕적 진료행위의 판단기준을 행정권자의 재량에 전적으로 위임하고 있다고 볼 수 있다. '과잉진료행위나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 역시 과잉진료행위에 대한 판단근거가 없어 과잉진료의 문제를 두고 논란이 지속되고 있다. 예를 들어 의사가 환자에게 반드시 필요하다는 판단에 의해 요양급여의 범위를 벗어난 치료를 하였을 경우 이를 과잉진료행위로 볼 수 있는가의 문제가 발생한다. 이와 같이 개념과 내용이 명확하지 않고 구분되지 않는 규정을 행정처분의 근거로 하고 있어 신뢰보호의 원칙을 위배하고 있다. 의료법 제53조 제1항 제1호의 조항인 '품위를 손상시키는 행위'는 의료인의 도덕성을 법률로 재단하여 처벌하겠다는 것으로 그 추상적인 규정만큼이나 행정권자의 자의적인 판단을 허용하고 있어 해당조문의 개정이 요구된다.

(2) 의료행위에 대한 규제

가. 의료법 제16조 진료거부금지

의료법 제16조[18]는 진료의 거부금지 등을 규정한 조항이다. 진료거부란 의료기관 또는 의료인이 환자를 진료할 수 있는 시설과 인력을 갖추고 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 진료를 거부하거나 진료하지 않는 행위를 뜻한다. 여기에서 말하는 정당한 이유에 대해서는 별도의 규정이 없어 명확한 개념으로 볼 수 없다. 즉 어떠한 사유가 정당한 이유와 정당하지 못한 이유인지 판단할 수 있는 근거가 없다. 예를 들어 의사가 부재중이거나 신병으로 진료가 불가능한 상태 등은 일반적으로 인정될 수 있는 정당한 이유가 될 수 있을 것이나, 진료비의 체불 정도가 심하여 진료를 거부할 경우 정당한 사유가 될 것이냐에 대해서는 논란의

18) 의료법 제16조 (진료의 거부금지등) ①의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다. ②의료인은 응급환자에 대하여 응급의료에관한 법률이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행하여야 한다.<개정 1994.1.7>

여지가 있다고 판단된다. 보통의 경우 의료인의 진료거부 행위가 사회적으로 문제화 되는 것은 응급한 환자에게 적절한 조치를 취하지 않은 경우나 경제적 어려움으로 진료비를 지급할 수 없는 환자의 진료를 거부한 경우로 전자의 경우는 응급의료에 관한 법률의 적용 대상이 되어 필요한 진료를 받을 수 있도록 법률적으로 보장되어 있으므로 논란의 여지가 적으나, 후자의 경우는 경제적으로 어려운 환자에 대한 동정심과 의료인이 선행의 의무를 이행하지 않은 것에 대한 비난이 논란의 대상이 되기도 한다. 이와 같이 정당한 이유에 대한 규정이 추상적이고 명확하지 않아 이에 대한 처분을 행정권자의 재량에 위임하고 있다. 또한 진료관계는 의료행위를 매개로 하는 의료기관과 보험자인 국민건강보험공단과 환자와의 채권·채무의 관계이다. 따라서 의료인과 환자 간에는 사법상의 법률관계[19]도 포함하고 있으므로 전적으로 공법상의 규율만을 적용하여 의료인에게 진료거부 금지의 의무를 요구하는 것이 정당한 것인지에 대한 검토가 필요 할 것으로 생각된다. 정당한 이유에 대한 추상적인 규정은 신뢰보호의 원칙에 위배되며, 계약의 자유에 대한 제한은 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이다. 또한 헌법 제119조 제 1항의 개인의 경제상의 자유를 침해하는 것이기도 하다.[20]

나. 의료법 제19조2 태아성감별

의료법 제19조의 2[21]는 태아의 성감별행위 등의 금지를 규정한 조항이다. 의료법 제19조의2의 제1항은 의료인이 태아의 성감별을 위한 진찰을 금지하고 있고

19) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호(2001),313면
20) 헌재결, 1991.6.3 [89 헌마 204]
21) 의료법 제19조의 2(태아의 성감별행위등의 금지) ①의료인은 태아의 성감별을 목적으로 임부를 진찰 또는 검사하여서는 아니되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와 주어서는 아니된다. ②의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다.

도와주어서도 안 됨을 규정하고 있으며, 제2항은 진찰이나 검사를 통해 알게 된 태아의 성별을 임부 본인과 가족 또는 다른 사람에게 알려주어서는 안 됨을 규정하고 있다. 의료법 제19조의2를 제정한 취지에 대하여 헌법재판소는 우리나라의 문화적 특성 중 하나인 남아선호 사상의 영향으로 태아의 생명을 침해하는 낙태를 형법[22]만으로 교정하는 것이 불가능하여 낙태행위의 전제가 되는 성별 여부를 임부나 가족이 알지 못하도록 함으로써 태아의 생명을 보호하고 적정한 남녀성비를 유도하는 데 있다[23]고 판결함으로써 태아의 성감별을 금지한 것이 태아의 성감별 자체가 문제가 되는 것이 아니라 성감별 결과에 따라 낙태가 이루어지기 때문임을 밝히고 있다. 낙태를 금지하는 헌법상 근거는 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에 관한 조항이며, 생명권에 관한 조항이다. 이는 인간의 생명은 수태의 순간부터 시작되며, 태아도 인간으로서 실체를 이미 가지고 있고 생성과정에 있는 인간이므로 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있는 것으로 판단하기 때문이다.[24]

낙태를 허용하는 경우는 모자보건법 제14조[25]에 규정되어 있다. 그러나 현실적으로 보면 우리나라의 낙태율은 외국에 비해 높은 편이며, 그럼에도 불구하고 낙태를 행하였다고 하여 기소되거나 처벌되는 경우는 매우 드문 실정으로 실질적으로 낙태에 대한 조항은 사문화 되었다고 볼 수 있다.[26] 의료인이 이 법을 위반

---

22) 형법 제 270조(의사등의 낙태, 부동의낙태) ①의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받어 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.
②부녀의 촉탁 또는 승낙없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다
③제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.
④전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다

23) 대법원 2002. 10. 25. [2002 두 4822]

24) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2005), 377면

25) 모자보건법 제14조 (인공임신중절수술의 허용한계) ①의사는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에 한하여 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있다.
1. 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 2. 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우 5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우

하였을 때는 의료법 제52조 제5항의 규정에 따라 면허취소 사유가 된다.

그러나 낙태가 빈번히 이루어지는 현실에 대하여 국가가 적극적인 개입을 하지 않고 있어 실질적으로는 낙태에 관한 법률이 사문화되었음을 감안한다면 성감별 행위 자체만으로 면허취소의 사유가 되는 의료법 제19조2 조항은 현실에 맞게 개정되어야 마땅하다. 태아의 성감별 행위의 금지와 임부 본인이나 가족에게 결과를 비밀로 해야 한다는 규정은 헌법 제21조 언론·출판의 자유에서 파생된 알권리와도 상충된다.

(3) 의료기관 개설과 영업에 관한 규제

의료서비스는 정보의 비대칭성에서 비롯되는 시장결함적 특성이 존재하고 시장실패가 발생하는 분야로 이러한 의료서비스의 특성은 보건의료공급에 대한 국가 개입의 근거가 되고 있다.[27] 또한 헌법 제119조[28] 제1항에서는 개인과 기업의 경제적 자유와 창의를 보장하면서도 제2항에서 시장경제의 사회적 조정을 위하여 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있음을 명시하고 있어 헌법 제37조 제2항과 함께 의료기관 개설과 영업에 있어 기본권 제한의 근거가 되고 있다.

우리나라의 모든 의료기관은 개설과 동시에 의료보험법의 당연지정제에 의해 요양기관으로 공법체계에 편입되어 진료행위와 영업에 있어 공법적인 규율을 받고 있다. 이러한 측면에서 일반 자영인과는 다르나 그렇다고 하여 민간경제의 주체로서 지위가 변하는 것은 아니며, 여전히 기본권의 주체라는 사실에는 변함이 없다.[29] 의료인과 의료기관이 사경제 주체로서의 영업활동을 하는데 어떠한 규제

---

26) 유호종·이경환, "우리법의 낙태 규정에 대한 윤리적 검토와 제안", 한국의료법학회지 제9권 2001년 제2호, 한국의료법학회 72면

27) 김기경, 전게논문, 46면

28) 제119조 ①대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ②국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

를 받고 있는지, 그러한 규제가 헌법상에 보장된 기본권을 합리적으로 적용된 것인지 검토해 보고자 한다.

가. 의료법 제30조 개설제한

의료기관의 개설은 의료법 제30조 제2항의 규정에 의해 의료기관 개설 자격과 범위가 제한 되어있다. 의료기관 개설은 의료인 또는 비영리 법인이나 단체에게만 허용되고 있으며,[30] 의료인은 허가된 면허에 따른 의료기관 만을 개설할 수 있고, 허가된 면허에 따른 1개소의 의료기관 만을 개설할 수 있도록 제한하고 있다. 이와 같은 의료기관의 개설규제는 시설・인력・장비가 갖추어진 장소에서 의료행위를 하도록 함으로써 영업활동을 감독하고 위해요소를 억제하여 안정성을 보장하기 위함이며,[31] 또한 의료인에게 1개소의 의료기관 만을 개설 허가하는 것은 보건의료인이 확보되지 않아 환자가 보건의료서비스를 받을 수 없는 경우를 방지한다는 의미와[32], 의료인에게 자신의 의료기관에서 행하여지는 의료행위에 대한 책임을 부과[33]하여 최선의 의료행위를 할 수 있도록 하기 위함일 것이며, 의료인을 고용하여 여러 개의 의료기관을 개설하고 이윤을 추구하는 의료기관의 상업화를 방지하여 이윤추구 보다는 의료행위의 직업적 윤리 실현을 목적으로 한 규제라 판단된다. 상업적 의료행위를 금지하는 것은 ㈀ 자본가에 이익추구에 의해 의료행위가 통제될 수 있으며, ㈁ 자본의 이익과 환자의 이해가 충돌하는 경우가

29) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호 2001년
30) 의료법 제30조 제2항 ① 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사 ② 국가 또는 지방자치단체 ③ 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 "의료법인"이라 한다) ④ 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인 ⑤ 정부투자기관 관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관・지방공기업법에 의한 지방공사 또는 한국보훈복지의료공단법에 의한 한국보훈복지의료공단 등이다.
31) 김기경, 전게논문, 80면
32) 김기경, 전게논문, 86면
33) 이와 같은 사례를 다룬 판례로는, 대판 1998.10.27. 선고 98도 2119, 약사의 약국개설에 관한 판례가 있다.

발생할 것이며, ㈐ 의료행위 자체가 영업이익을 극대화 하는 방향으로 흐를 수 있다는 문제점 등을 근거로 하고 있다.[34] 그러나 의료인의 영업행위가 전적으로 영리를 목적으로 한다고 할 수는 없을 것이나 의료인도 의료서비스를 제공하고 이에 대한 반대급부를 받아 생활의 기본적 수요를 해결해 가고 있으므로 의료기관의 영업에서 영리성을 완전히 배제할 수만은 없다는 점을 고려하여 규제에 대한 범위와 정도를 조정해야 한다고 판단된다.

최근 보건복지부는 의료시장 개방을 앞두고 의료서비스의 대외 경쟁력을 강화하고 산업으로 육성하기[35] 위해 규제적 의료정책을 완화하여 의료기관의 영리법인을 허용하고 한 의사가 여러 군데의 의료기관에서 진료할 수 있도록 허용하는 의료개혁 방안을 발표하였다.[36] 이는 의료서비스의 상업화에 대한 기존의 개념을 전환하는 중요한 변화로 판단된다. 이에 대한 반대의 입장은 영리법인을 허용할 경우 첫째, 영리법인 허용은 한국의 의료체계(건강보험)를 붕괴시키고 의료 이용의 양극화를 초래한다. 둘째, '의료 공공성'을 무너뜨리고 의료를 자본의 이윤추구 대상이 되게 함으로써 의료의 본질을 왜곡시키고 의료비 폭등을 초래한다는 것이다.[37] 영리법인 허용에 대한 반대의 논거는 "모든 의료기관을 '비영리'법인으로

---

34) 박민, "영리의료법인의 가능성", 한국의료법학회 학술대회 연제집, 한국의료법학회, 2002.3.9, 5면

35) 남은우, 영국의 의료개혁 동향 -영국식 사회주의의 산물인 NHS 는 왜 ? 그리고 어떻게 변화하고 있는가?, 2003. 8. 30 ; 영국은 늘어나는 공공의료 적자 문제 해결과 의료의 질 향상을 위해 시장경제원리 방향으로 병원서비스를 개혁할 것으로 보인다. 따라서, 영리병원은 더욱 늘어나게 되고, 이는 민간의료보험 시장의 확대를 유발시키게 될 것으로 전망된다. 이러한, 추세에 맞추어 유럽의 기업형 보건의료산업의 영국 진출도 가속화 될 것으로 보인다. 이상의 내용을 볼 때, 한국 정부가 현재 공공의료를 대폭적으로 확충하는 것은 유럽국가의 시장경제지향적인 정책과는 역행하는 정책으로도 볼 수도 있다. 물론, 한국의 공공의료 부문이 가장 적은 국가로서 적절한 공공의료 제공 시스템이 필요하기는 하나 단기간에 급격히 공공의료를 늘리는 것은 여러 가지로 신중을 기해야 할 것으로 보인다. 이에 대하여는 이미 의료계의 원로인 한달선 교수도 우려를 표명하고 있다(한달선, 2003). 따라서, 효율성이 떨어지는 공공의료(정확히는 공공치료서비스)체계의 확대보다는 질병을 사전에 예방 관리하는 적절한 건강증진 및 보건교육 체계를 공공보건서비스 측면에서 구축하는 것이 국가적으로 더욱 시급한 상황이다.

36) 의협신문, 2005.5.19 , 5면 '프리랜서의사 생긴다'

37) "현정부의 의료기관 영리법인화 허용은 사회양극화 및 의료체계 붕괴를 초래할 조치이다", 건강세상네트워크(2005. 5.18), http://www.konkang.or.kr/

제한해 온 상황에서도 병원이 '돈벌이'에 치중하고 시장이 과잉되어 '공공성'이 취약한 형편인데, '영리'법인까지 허용하면 공공성은 아예 붕괴 된다"는 주장이다. 이와 같은 주장은 몇 가지 현실인식의 문제점을 지니고 있다. 우선 시장의 과잉이란 주장에 대하여, 시장은 공급과 수요가 존재하고 가격이 형성되는 기본적인 요소를 지니고 있어야 한다. 그러나 우리나라의 의료시장은 가격을 국가에서 결정하는 구조를 지니고 있다. 국가관리 형태의 의료시장을 정상적인 시장이라고 할 수 있을지 의문시 되며, 시장이 과잉되었다는 주장의 근거가 없다.[38] 공공성이 취약하다는 의미 또한 민간의료기관의 공익적 성격이 부족하다는 것인지, 아니면 공공의료기관이 부족하다는 것인지 분명하지가 않다. 민간의료기관의 공익적 역할은 민간의료기관이 요양기관 당연지정제 등 세계적으로 사회주의 국가를 제외하고는 유래를 찾기 힘든 국가관리 의료공급체계와 저수가 속에서 보건의료공급 역할을 담당해 온 것으로 그 가치를 재평가해 볼 문제이며, 공공의료기관이 부족하다는 것은 국가가 공공의료기관의 확충에 역할을 방기한 것에 불과하다. 이 같은 시각은 민간의료기관의 역할과 공공의료기관의 역할을 구분하지 않고 모두 동일한 공적의무만을 지닌 것으로 간주하는데서 비롯[39]한다고 판단된다. 그러나 의료시장 개방이 WTO협상과정에서 불가피 하며, 의료시장이 개방되면 외국의 의료자본에 대한 국내 의료시장의 잠식이 예상되고 경쟁력이 취약한 국내 의료기관의 경영악화가 이어질 것이라는 점, 현재의 비영리법인의 형태로는 이러한 외국 자본에 대응하는 것이 부족하다는 점, 결국 국내의료기관의 생존의 문제가 발생한다는 점을 고려하려야 할 것이다.

---

38) 홍성주, "자본과 영리에 대한 허수아비 공격- 의료기관의 영리법인 허용관련 논란- ", http://www.cfe.org/opinion/ ; 우리나라 건강보험의 두 골간을 이루고 있다는 '요양기관 강제지정제'와 '보험수가제'를 30년 넘게 운영해 온 주체는 정부였다. 이 때문에 의료는 정부의 전근대적 통제 하에 있었다. 시장다운 시장은 없었다. 세계 유례없는 '공급자 강제'와 가격결정의 대가로 정부가 '암묵적으로' 용인해 준 '비보험'이라는 '유사시장'이 자본주의 시장을 대신했다. '시장이 과잉되었다'는 인식은 이 유사시장에 대한 일종의 착시현상일 뿐이다.

39) 박형욱, "한국의료법체계의 성격과 역사적 변천",연세대학교 대학원 보건학과 박사논문, 2000

의료기관의 개설과 관련하여 논란이 되고 있는 것은 의료기관 개설 자격과 범위의 문제이다. 의료인 1인이 1개소의 의료기관 만을 개설 할 수 있도록 하는 것과 겸직을 금지하는 것, 비영리법인에게만 의료기관 개설을 허가하는 것 등은 헌법 제23조 재산권 및 헌법 제15조 직업행사의 자유와 이에 포함된 영업의 자유를 침해하는 것이며, 헌법 제119조 제1항에 규정되어 있는 경제상의 자유를 제한하는 것이다. 반면에 의료인에게만 의료기관 개설허가를 허용하는 것은 의료인에게 의료기관 영업에 관한 독점권을 부여해 주는 것으로서 일반 국민에게 있어서는 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

나. 의료법 제46조 과대광고의 금지와 제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지

의료광고에 대해서는 의료법 제46조에서 과대광고금지, 제47조 학술목적 이외의 광고를 금지하고 있으며, 의료법시행규칙 제33조에서는 의료광고의 범위와 광고 매체, 횟수 등의 제한 규정을 두고 있다. 의료광고를 규제하는 근본적인 목적은 무분별한 의료광고의 범람과 허위·과대광고로부터 소비자인 환자를 보호하는 것과 의료인과 의료기관이 과대한 광고를 함으로써 광고에 대한 추가적인 비용지출로 인하여 발생하는 보건의료비의 지나친 상승을 억제하고 경쟁의료기관을 보호하는데 있다. 의료광고 제한의 헌법적 근거는 헌법 제37조 제2항으로 공공복리에 위해를 주는 것이 명백하고, 그 위해가 현존하는 경우에 한하여 제한될 수 있다. 의료광고의 제한은 정보의 비대칭성에 의한 의료광고의 부정적인 측면과 의료의 상업화를 경계하는 의료의 직업 윤리적 관점에서 의료광고의 범람이 공공에 위해를 줄 수 있으며, 또한 현재 불법적으로 행해지는 의료광고로 인하여 피해가 발생하고 있다는 점에서 제한이 이루어지고 있다고 판단된다. 허용된 의료광고의 범위와 내용[40]을 살펴보면 지극히 일반적인 내용만을 허용하고 있어 정작 의료소

40) 의료법 시행규칙 제33조 (의료광고의 범위등), 의료법상 허용되는 의료광고의 범위를

비자가 필요로 하는 정보의 핵심적인 부분이라 할 수 있는 환자가 치료를 받고자 적합한 의료인과 의료기관을 선택하는데 대한 정보는 결여되어 있다. 이는 정보의 가치라는 관점에서는 허용된 범위 내의 의료기관의 광고가 소비자에게는 원하는 정보를 제공 할 수 없다는 한계를 지니고 있어 큰 의미가 없을 것으로 보인다. 의료광고가 소비자에게 필요한 정보를 정확하게 제공한다면 소비자인 환자는 자신의 질병과 관련하여 의료기관과 의료인에 대한 선택의 폭이 보다 넓게 확보 가능하다는 점에서 긍정적이라 볼 수 있다. 특히 특정 질병에 걸린 환자나 보호자는 자신의 주변에서 의료기관과 의료인에 대한 정보를 수집하거나 의료인에 의한 추천, 언론 매체의 건강관련 프로그램에서 제공하는 정보 정도에 의존하여 의료기관을 방문하는 것이 보통이다. 이는 정보 수집 범위와 시간이 한정 되어 있으며 결국 환자는 의료기관을 방문함에 있어 선택의 폭이 그 만큼 제한되어 있는 것이다. 지나친 의료광고의 규제는 소비자인 환자나 환자의 보호자에게는 헌법 제 21조 언론·출판의 자유에서 파생된 알권리를 제한하는 것이며, 의료인에게는 표현의 자유를 제한할 뿐만 아니라 재산권 행사의 자유와 직업행사의 자유에서 파생된 영업의 자유를 제한하는 것으로 판단된다. 물론 의료광고를 대폭 허용할 경우 문제점으로 텔레비전이나 라디오 등 대중매체를 통한 의료광고가 허용될 경우 자본력에 의하여 의료기관 간의 '부익부 빈익빈' 현상이 심화될 것이라는 점, 의료광고로 인하여 의료기관간의 경쟁이 심화되면 불필요한 의료시설에 대한 투자가 더욱 확대될 것이고 이는 결국 의료인이나 의료기관에게는 과다한 투자비용 부담을, 소비자에게는 의료비 상승의 부담을 줄 것이라는 점, 무엇보다도 의료의 기본적 가치인 환자의 건강과 생명을 지키는 것보다 마케팅 중심으로 의료의 윤리성이 퇴

보면 ㈀ 의료인의 성명, 성별, 면허종류 ㈁ 전문과목 및 진료과목 ㈂ 의료기관의 명칭, 소재지, 전화번호 ㈃ 진료일, 진료시간 ㈄ 응급의료 시설 운영에 관한 사항 ㈅ 야간 및 휴일진료에 관한 사항 ㈆ 주차장에 관한 사항 ㈇ 의료인의 해당 분야에서의 1년 이상 임상경력 ㈈ 최근 3년 이내의 의료기관 평가결과 등이다. 의료광고를 할 수 있는 매체는 텔레비전과 라디오를 제외한 모든 매체에서 가능하나 일간신문 광고는 월 2회를 초과할 수 없으며, 단 의료기관의 개설, 휴업, 폐업, 재개업, 이전 시에는 일간신문에 3회에 한하여 허용된다.

색 될 것이라는 점이 문제점으로 지적되고는 있다. 그러나 소비자의 알권리에 대한 요구가 점점 증대하고 있으며, 국내 의료시장 개방과 의료 서비스산업 발전이라는 시대의 흐름에 맞춰 의료광고의 규제를 완화해야 한다는 주장이 제기되고 있는 만큼[41] 의료광고 규제에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다.

다. 의료법 제48조 업무개시명령

의료대란이라는 사회적 갈등과 혼란을 경험한 정부와 여당이 추진한 의료법개정법률안의 내용 중 특히 강화된 조항은 의료법 제48조[42] 지도와 명령에 관한 조항이다. 의료법 제48조 제1항은 보건복지부장관 또는 시・도지사가 보건의료시책상 필요하다고 인정될 때 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때 의료기관 또는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령을 할 수 있음을 규정하고 있고, 제2항은 보건복지부장관, 시・도지사 또는 시장・군수・구청장은 의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업하여 환자진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 당해 의료인 또는 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다 하여 실질적으로 민간의료기관의 집단휴업과 폐업을 금지하고 있으며, 제3항에서는 의료인 및 의료기관은 정당한 사유 없

41) 한은경, 정부의 의료광고 규제완화정책 이렇게 본다, 계간 의료정책포럼(의료정책연구소, 제3권 2호, 2005년), 59-60면; 한형일, 의료광고규제 무엇이 문제인가, 동지 (제 1권 2호, 2003년),45면

42) 의료법 제48조 (지도와 명령) ①보건복지부장관 또는 시・도지사는 보건의료시책상 필요하다고 인정될 때 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때에는 의료기관 또는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령을 할 수 있다.<개정 1994.1.7, 1997.12.13, 2000.1.12> ②보건복지부장관, 시・도지사 또는 시장・군수・구청장은 의료인이 정당한 사유없이 진료를 중단하거나 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업하여 환자진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 당해 의료인 또는 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다. <개정 2002.3.30> ③의료인 및 의료기관의 개설자는 정당한 사유없이 제2항의 명령을 거부할 수 없다. <신설 1994.1.7, 2002.3.30>

이 제2항의 명령을 거부할 수 없다고 규정하고 있다.

의료법에 있는 대부분의 조항은 의사 대 국가의 관계를 규율하는 것들이다. 의료법 제48조 지도와 명령은 1994년 제14대 국회에서 지도명령의 주체가 보건사회부장관 뿐 아니라 도지사로 확대되었으며, 도지사 또는 시장·군수·구청장은 의료기관의 집단 휴업 시 업무개시명령을 할 수 있다는 조항이 신설되었다.[43]

현행 규정은 의료기관의 집단휴업으로 환자진료에 막대한 지장이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에는 휴업중인 의료기관에 대하여 업무개시명령을 할 수 있다는 (2000. 1. 12, 94. 1. 7 신설) 조항이 2002년 3월 30일에 전문개정이 되었으며, 의약분업과 관련하여 의료계의 집단투쟁 당시에는 의료기관의 집단휴업만을 규정하였으나 의료기관의 집단폐업까지도 업무개시명령을 할 수 있도록 개정되었다. 위 조항이 지닌 문제점을 살펴보면, 첫째는 해당조문이 명확하지 않다는 점이다. 의료법 제48조 제1항에 보면 '보건의료시책 상 필요하다고 인정될 때, 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때 의료기관 또는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령'을 할 수 있음을 규정하고 있어 지도와 명령을 하는 근거와 사유가 추상적이고 명확하지가 않다. 또한 제2조에서 '의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업하여 환자진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때' 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다. 라고 규정하여 행정명령을 행정권자의 판단에 위임하고 있다. 이는 기본권을 제한함에 있어 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 점이다. 둘째, 사 경제주체인 의료기관의 영업 중단과 폐업에 대하여 국가가 행정명령을 통하여 영업재개를 명령하는 것은 의료인의 기본권인 직업수행의 자유를 침해하는 과잉금지의 원칙을 위배 하는 것이 아닌가 하는 점이다. 셋째, 의료인의 집단 휴업과 집단폐업을 사실상의 집단행동으로 보았을 때, 결사의 자유를 침해하고 있으며,

43) 박형욱, 전게논문, 116면

그에 대한 처벌의 수준이 타 행정법에서의 제재와 균형을 이루고 있는가 하는 평등권의 문제이다. 이와 같은 문제점들이 의료인의 헌법상의 평등권과 헌법 제15조 직업수행의 자유, 헌법 제21조 결사의 자유의 구체적 내용인 단체활동의 자유를 제한하는 점으로 이에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

제 3 장 의료규제관련 기본권

1. 기본권 고찰의 의의

기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 의미하며, 헌법 제10조에 나타나 있는 인간의 존엄과 가치를 실현하는 수단으로서의 의미를 지니고 있다. 따라서 기본권은 전체적으로 가치질서를 형성할 뿐만 아니라 주관적 공권성과 객관적 가치질서성을 동시에 갖는다. 이러한 기본권의 객관적 가치질서성의 성격은 기본권의 효력의 범위를 모든 사회질서로 확대한다. 이로써 기본권은 전체 법질서를 지도하면서 개인의 지위를 형성하는 기능을 한다.[44] 모든 국가기관은 소극적인 기본권 보호의 의무뿐만 아니라 적극적으로 기본권 실현의 의무를 갖는다. 기본권 보장의 궁극적인 목적은 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 것이며, 인간으로서의 존엄과 가치는 헌법에 규정되어 있는 다양한 기본권의 보장에 의해서 실현된다.[45] 이렇듯 기본권의 실현에 의해 모든 국민은 사회적 신분에 관계없이 모든 영역에서 차별을 받지 않는 가운데 자신의 행복을 추구할 수 있는 권리를 지니게 된다. 그러나 기본권은 무제한적으로 보장되는 것은 아니라 상대적

44) 전광석, 한국헌법론 (법문사,2005) 168면
45) 권영성, 헌법학원론 (법문사, 2005) 308면

으로 보장되고 또한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 경우 제한되기도 한다. 기본권을 고찰해 보고자 하는 것은 헌법에서 위임한 개별 법률이 헌법의 이념을 올바르게 반영하고 있는지 고찰해봄으로써 개개인의 개성신장과 발전을 도모하기 위함이다.

2. 의료인의 헌법상 기본권

(1) 인간으로서의 존엄과 가치

헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니고 있음을 명시하고 있다. 이는 주관적으로는 모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 소유한다는 것을 확인하고 강조한 것이고, 객관적으로는 모든 인간이 소유하는 인간으로서의 존엄과 가치를 국가공권력은 물론이고 개인도 존중해야 한다는 것을 의미한다.[46]

헌법의 존재의의는 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 실현하는데 있다. 따라서 인간으로서의 존엄과 가치는 기본권 등 다른 헌법 규정에 대해서 지도원리로서 기능한다.[47] 헌법에 보장된 다른 기본권들은 각각의 생활영역에서 인간의 존엄과 가치라는 기본이념을 실현하는 수단의 성격을 갖으나 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 목적이 되는 객관적 헌법원리를 규범화한 것이다. 이를 근거로 헌법 제37조 제1항[48]은 인간의 존엄과 가치를 실현하는데 필요한 권리로 판단되는 경우 헌법에 명문화 되어 있지 않더라고 기본권으로 보호된다.

---

46) 권영성, 헌법학원론 (법문사, 2005) 285면
47) 전광석, 한국헌법론(법문사,2005), 191면
48) 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

인간의 존엄과 가치에서 도출되는 구체적인 기본권으로 생명권과 인격권 등을 들 수 있다.

(2) 행복추구권

행복추구권이란 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리가 아니라, "국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있는 권리"로서 "포괄적인 의미의 자유권"[49]이다. 행복추구권으로부터 파생되는 구체적인 권리로는 자기결정권[50], 일반적인 행동자유권[51], 계약의 자유[52], 저항권[53]등을 들 수 있다. 이러한 자유와 권리는 헌법 제37조 제1항에서 규정하고 있는, 헌법에 명문으로 열거되어 있지는 않지만 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 필요한 것들로 헌법상 보장된다. 그러나 이러한 행복추구권은 타인의 행복추구권을 방해하지 않는 범위 내에서 보장되며, 반국가적, 반사회적, 반도덕적 행위는 국가안전보장이나 질서유지, 공공의 복리를 위하여 제한될 수 있다.[54]

의료법상에서 의료인의 행복추구권을 침해하는 조항으로는 의료법 제16조 진료거부금지 조항을 들 수 있다.

의료법 제16조 진료거부금지 조항이 행복추구권으로부터 파생되는 구체적 권리인 계약의 자유를 침해하고 있다는 문제에 대하여 살펴보면, 국민건강보험법상 진료비용은 보험자인 국민건강보험공단의 부담과 환자가 부담하는 본인부담금으로 구분되어지는 이원적인 구조를 갖고 있다. 현행법[55]의 해석으로는 요양급여비

---

49) 헌재결, 2002.12.18 [2001 헌마 546]
50) 헌재결, 1990.9.10 [89 헌마 82]
51) 헌재결, 1998.10.15 [98 헌마 168]
52) 헌재결, 1991.6.3 [89 헌마 204]
53) 권영성, 전게서 311면
54) 권영성, 전게서, 384면
55) 국민건강보험법 제41조 (비용의 일부부담) 제39조제1항의 규정에 의한 요양급여를 받

용 중 본인부담금은 요양기관의 청구에 의해 가입자나 피부양자가 부담하도록 되어 있으므로 의료행위를 매개로 하는 의료기관과의 채권·채무의 관계는 보험자와 가입자 각각 별도로 형성된다. 의료기관과 보험자와의 법률관계는 우리나라의 의료체계가 의료기관 설립과 동시에 요양기관으로 당연지정 되므로 의료기관은 선택의 여지가 없이 공적 의료보험체계에 편입되고 공법의 규율을 받게 된다. 그러나 동시에 전체 의료비용 중 일부를 환자가 부담하도록 되어 있으므로 의료인과 환자간의 관계는 사법상의 법률관계도 형성된다. 만일 일부 본임부담금을 포함하여 요양급여비용 전체를 보험자가 책임지는 것이라면 환자가 본임부담금을 부담할 수 없는 경우에도 요양기관으로 하여금 요양급여의 제공을 거부할 수 없는 근거[56]가 될 수 있을 것이나, 현행법에서는 의료기관이 체불된 가입자의 본인부담금을 보험자에게 청구할 수 없으므로 의료인은 불이익을 감수하고 진료를 지속할 수밖에 없는 상황에 처하게 된다. 따라서 진료비가 체납되었을 경우에도 공법체계의 규율이 진료거부를 금지하고 있다면 당연 이에 대한 보상체계가 제도적으로 마련되어야 타당하다고 볼 수 있다. 환자가 경제적인 문제로 치료가 지연된다거나 치료를 받을 수 없는 경우 이에 대한 책임은 국가에게 있으므로 이를 의료인에게 전가하는 것은 불합리한 제도이다. 최근 이러한 문제점에 대하여 과다한 본인부담금에 대한 국고지원[57] 계획을 발표함으로써 제도상의 문제점을 개선하려는 모습을 보여주고 있다.

는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 일부(이하 "본인일부부담금"이라 한다)를 본인이 부담한다.

56) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호 (2001), 315면

57) 의협신문, 정부 본인부담상한제 추진, 2004.2.9일 ; 정부가 진료비 본인부담상한제를 도입에 따른 재원을 조달하기 위해 동네의원의 이용률을 낮추는 방안을 모색하고 있는 것으로 알려져 논란이 예상된다. 건강보험정책심의위원회는 지난 6일 복지부 대회의실에서 올해 건강보험 주요업무와 함께 진료비 본인부담상한제 도입방안을 보고했으며, 재원조달 방안과 관련해서는 유병률을 낮춰 절감된 비용등으로 조성할 계획이라고 소개했다. 이날 건정심에서 복지부는 2004년 주요업무계획을 통해 암 등 중증질환에 대한 보장이 강화되도록 제도를 개선하겠다며 진료비 본인부담 상한을 300만원으로 정해 가계타탄을 억제할 방침이라고 밝혔다. 복지부는 이날 합리적인 급여체계 및 보장성 강화를 위해 경증 및 중증질환간 급여구조를 합리화하고 비보험급여의 단계적 보험적용 방안도 마련할 방침이라고 밝힌 것으로 알려졌다.

환자의 진료와 치료에 있어 가장 우선적으로 필요한 것은 의료인과 환자간의 신뢰가 형성되어야 한다는 문제이다. 환자가 신뢰할 수 없는 행동[58]을 하여 불이익이 예상된다거나, 위급한 상황이 아니어서 타 의료기관을 이용할 수 있는 경우 의료인으로서는 당연 진료를 거부할 수 있어야 한다. 환자의 상태가 위급한 경우에는 응급의료에 관한 법률[59]에 따라 필요한 진료를 받을 수 있으므로 진료거부의 금지라는 법적의무 규정은 응급의료에 관한 법률에서 규정하고 있는 것으로 충분하다고 판단되며, 응급의료에 관한 법률 외에 의료법에서 진료거부 금지를 법적의무로 강제하는 것은 의료인의 계약의 자유를 침해하는 조항이라 판단된다.

(3) 평등권

헌법 제 11조 제 1항에 의하여 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 평등권은 기본권체계에서 독자적인 위치를 차지하고 있지만, 다른 기본권과 상호작용을 하면서 실현되는 원칙규범의 성격이 있다.[60] 평등권이 모든 국민의 모든 상황을 동등하게 취급한다는 내용을 갖는 것이 아니라 같은 상황은 같게(수평적 평등), 다른 상황은 다르게 평가하는(수직적 평등) 상대적 평등을 내용으로 한다.[61] 즉 합리적인 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 위반되지 않음을 내용으로 한다. 헌법재판소는 법 앞에 평등의 원칙에 대하여 '법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론

58) 예를 들어 환자가 의료인에게 욕설을 한다던지, 본인부담금을 상습적으로 체불한다던지, 또는 불이익을 줄 목적으로 진료를 강요하는 경우 등을 들 수 있다.
59) 응급의료에 관한 법률 제6조 (응급의료의 거부금지 등) ①응급의료기관등에서 근무하는 응급의료종사자는 응급환자를 상시 진료할 수 있도록 응급의료업무에 성실히 종사하여야 한다. 응급의료종사자는 업무중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.
60) 전광석, 전게서 197면
61) 전광석, 전게서 201면

그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다는 것'이라고 하여[62] 평등권은 행정 및 사법권뿐만 아니라 입법권도 기속하고 있음을 판시하고 있다. 헌법 제11조에는 차별을 금지하는 기준과 차별이 금지되는 영역이 열거되어 있다. 즉 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않음을 명시하고 있다.

가, 헌법 및 법률상의 차별

헌법은 특수한 신분을 가지고 있는 자에 한해 일부 기본권을 제한하고 있다.[63]헌법이 명시적으로 특수한 신분을 가지고 있는 자들의 기본권을 제한하는 것은 국가안전보장 또는 국민 전체에 대한 봉사자라고 하는 공무원의 특수한 지위에 기인한 것 등이며, 평등의 원칙에 대한 법률상의 제한은 (ㄱ) 공무원법에 의한 공무원의 정당가입금지와 정치활동 제한 및 주거지 제한, (ㄴ) 군사관계법에 의한 군인·군무원의 영내 거주·집단행위 제한, (ㄷ) 행형법에 의한 수형자의 서신검열·교화 등 통신과 신체의 자유 등의 제한, (ㄹ) 공직선거법에 의한 일정범위의 전과자 등에 대한 공무담임권의 제한, (ㅁ) 출입국관리법에 의한 외국인의 체류와 출국의 제한, (ㅂ) 외국인 토지법에 의한 외국인의 토지소유 및 주식소유의 제한 등을 들 수 있다.[64] 이처럼 헌법 또는 법률상의 차별에 의한 기본권 제한은 특별한 지위 또는 국가와 특수권력관계[65]에 있는 자에 한정된 것임을 알 수 있다.

---

62) 헌재 1989.5.24 [89 헌가 37 등(병합)]

63) 군인 또는 군무원에 대한 군사법원 관할(헌법 제27조 제2항), 군인·군무원·경찰공무원의 국가배상청구권 제한(헌법 제29조 제2항), 공무원의 정치활동 금지(헌법 제7조 제2항)와 노동3권의 제한(헌법 제33조 2항), 주요 방위산업체 종사하는 근로자의 단체행동권에 대한 제한 혹은 부인(헌법 제33조 제 3항) 등이다.

64) 권영성, 전게서 400면

65) 특별권력관계는 법 규정이나 당사자의 동의 등 특별한 법적 원인에 의거하여 행정주체와 국민 중의 일부 간에 성립하는 관계로서, 공법상의 특정한 목적달성에 필요한 한도 내에서 행정주체가 일부국민을 포괄적으로 지배하고, 일부 국민이 이에 복종하는 것을 내용으로 하는 공법상의 특수한 법률관계를 말한다. 특별권력관계에 있는 국민은 국민으로서의 일반적인 권리·의무 외에 특수한 법적관계에 상응하는 특별한 권리·의무를

나. 평등권의 심사기준

평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사 기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 나누어 볼 수 있다. 자의금지의 원칙은 합리적이고 객관적으로 명백한 차별사유가 발견되지 않았음에도 불구하고 본질적으로 같은 상황에 대하여 자의적으로 다른 취급을 하거나 본질적으로 다른 상황임에도 자의적으로 같은 취급을 하는 것을 금지하는 것으로 차별의 합리적 이유[66]의 유무를 심사하는 것이며, 비교 대상 간에 합리적이고 객관적인 차이의 존재 여부는 당해 법률 조항의 의미와 목적에 따라 판단된다. 평등심사를 엄격히 할 필요성이 있는 경우 차별취급의 목적과 수단 간의 비례관계가 성립하는지 여부를 심사하는 비례성원칙에 따른 심사를 한다. 특히 차별취급의 적합성과 법익균형성이 심사된다.[67]

다. 의료인의 평등권

의료인이라는 명칭은 사회적 신분을 지칭하는 것으로 사회적 신분이 다르다하여 기본권의 주체로서 기본권이 더 많거나 적게 보장되는 것은 아니다. 따라서 의료인 역시 국민의 한 사람으로서 기본권의 향유 및 행사의 주체이며 법 앞에서 평등한 기본권주체이다.[68] 그러나 이러한 의료인의 기본권은 공공복리를 위하여

진다. 특별권력관계의 유형으로는 국가와 공무원의 관계(복무관계), 국・공립학교와 재학생의 관계, 교도소와 수형자의 관계, 국・공립병원과 전염병환자와의 관계, 국・공립공원과 이용자의 관계 등을 들 수 있다. 권영성, 전게서 355-356면

66) 합리적 차별여부의 판단(자의금지 원칙의 위반에 대한 심사요건)에 대하여 권영성교수는 ① 인간의 존엄성 존중이라는 헌법의 최고원리와 ② 정당한 입법목적(공공복리 등)의 달성, ③ 수단의 적정성이라는 세가지 복합적 요소를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 보고 있다. 권영성, 전게서 389면

67) 전광석, 전게서 209-212면

68) 강경근, “헌법적 관점에서 바라 본 의료법 개정안”, 한국의료법학회, 2001, 연재집

부분적으로 제한되고 있다. 우리나라의 의료체계가 의료보장을 위한 체계로서 의료보험과 현물급여의 방법이 정책적으로 선택되었기 때문에 필연적으로 의료기관의 사회화가 수반되며, 이 경우 의료기관의 법적지위가 부분적으로 공법체계에 편입된다. 특히 요양기관 당연지정제도 하에서는 의료보험 체계에 강제로 편입되어 있어 직업행사의 자유를 제한받게 된다. 이러한 점에서 의료기관 다른 종류의 자영업과는 다르며 오히려 공무원에 가깝다 할 수 있으나, 공무원은 법령준수 및 충실의무, 파업금지 등의 의무가 있고 이에 대한 반대급부로서 사회보장급여가 보장된다. 하지만 의료인은 다른 자영업자와 마찬가지로 영업위험을 앉고 있는 점에서 공무원과도 차별된다. 따라서 의료기관의 직업활동의 자유를 실질적으로 보장해주기 위해서는 진료행위를 제공하는데 대한 적절한 보상이 지급되어야 하며, 적절한 이윤이 보장되어야 한다. 또한 구체적인 진료행위에 대한 자유를 보장하는 제도가 필요하다. 이는 모든 의료기관이 요양기관으로 공법체계에 편입되어 있다 할지라도 의료기관은 여전히 기본권의 주체로 권리를 지니고 있기 때문이다.[69] 이러한 사경제 주체로서 일반 국민과 동등하게 기본권이 보장되어야 하나 다르게 취급 받고 있다는 문제에 대한 갈등이 표출된 대표적인 예가 국민건강보험법 제40조 제1항에 의한 요양기관당연지정제 위헌소송으로 모든 의료인이 의료기관 개설과 함께 강제적으로 건강보험요양기관으로 강제지정 됨으로써 직업선택의 자유, 재산권, 행복추구권으로부터 파생되는 일반적 행동자유권[70], 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권 등이 침해되고 있으며 사경제 주체로서 평등권이 침해되고 있다는 것을 사유로 위헌소송을 제기하였었다.[71]

의료법상에서 문제가 되는 의료인의 평등권 문제는 의료인 역시 본질적으로는

1-2면

69) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호 (2001), 304면

70) 헌법재판소는 일반적행동자유권을 ‘행복추구권’의 한 내용으로 보고 있다.(헌재 1993. 5.13 [92 헌마 80), 헌판집 5권 1집,365[384]면; 1991.6.3.[89 헌마 204], 헌판집3권,268[275]면).

71) 헌재결, 2002.10.31 [2000 헌마 505]

일반 국민과 다를 바 없는 기본권의 주체로서, 또한 사경제 주체로서 일반 국민과 동등하게 기본권이 보장되어야 하나 다르게 취급 받고 있다는 문제이다.

의료법 제16조 진료거부금지의 조항에서는 의료인의 계약의 자유를 제한하고 있으며, 의료법 제30조 제2항 개설제한의 문제와 의료법 제46조, 47조에 있어서는 사경제 주체임에도 불구하고 제한된 영업활동만을 허용하고 있다, 의료법 제48조에서는 지도와 명령을 통해 영업활동의 자유와 결사의 자유의 구체적 내용인 단체활동의 자유를 제한하고 있으며, 또한 의료법 52조에서는 부수적인 의무위반을 면허취소의 사유로 규정하여 타 행정법과의 균형을 상실하고 있다.

특히 의료법 제48조는 개별사업자에 대하여 집단 휴・폐업 등의 집단행동을 금지하는 규정으로 의료인이라는 사회적 신분에 대하여 국가공무원에 대한 규제[72]에 준하는 강한 권리제한의 규정이다.[73]오히려 국가공무원이 단체행동을 하였을 경우 처벌내용[74] 보다 지나치게 높아 사적 신분인 의료인의 평등권을 침해하고 있다. 이처럼 의료인이 사경제 주체로서 영업활동을 하는데 국가공무원과 비교할 수 있을 정도로 기본권을 제한하고 의료인으로서의 의무만을 강제하고 있다는 문제이다. 이와 같은 차별에 대하여 차별취급의 적합성과 법익균형성의 문제는 시대의 가치 변화와 함께 다시금 검토되어야 할 문제로 판단된다.

(4) 직업선택의 자유

직업선택의 자유는 인간의 사회적·경제적 생활의 기초가 되는 직업 내지 일자

---

72) 국가공무원법 제 66조 제1항에서 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 해서는 안 됨을 규정하고 있다.

73) 강경근, 전게논문, 8면

74) 국가공무원법 제66조 (집단행위의 금지) ①공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.
제84조 (벌칙) 제44조·제45조·제65조·제66조의 규정에 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

리에 관한 종합적이고 포괄적인 기본권이다. 직업이란 '인격 발현의 수단이며, 동시에 개인의 물질적 생활의 경제적 기반으로의 성격'을 의미하며, 직업선택의 자유는 모든 국민에게 모든 직업영역에서 공정경쟁의 기회를 보장하는 자유경제질서를 실현을 의미한다.[75] 직업선택의 자유는 주관적 권리로서의 성격뿐만 아니라 객관적인 질서로서의 성격도 갖는다.[76]직업선택의 자유는 직업결정의 자유・직업수행의 자유・직업이탈의 자유와 겸직의 자유・경쟁의 자유 등을 내용으로 하며 영업의 자유 또한 직업수행의 자유의 일환으로 포함된다고 보고 있다.[77]

가. 직업선택의 자유

개인은 국가의 간섭을 받지 않고 자신이 원하는 직업을 선택하고 변경할 수 있다. 따라서 국가가 교육과정 혹은 노동시장에 개입하여 직접 혹은 간접적으로 직업에 관한 조정을 하는 것은 헌법상 직업의 자유를 존중하는 범위 내에서 이루어져야 한다. 직업선택의 자유는 직업의 선택뿐 아니라 선택한 직업을 계속 수행할 자유도 포함한다.[78]

나. 직업행사의 자유

직업행사의 자유는 개인이 선택한 직업을 국가의 간섭을 받지 않고 자유로운 결정에 기초하여 수행하는 것을 의미한다. 국가는 해당 직업이 공공성을 띠는 경우 이에 대한 어느 정도의 규제를 할 수는 있다. 이와 관련하여 요양기관 강제지정제를 예로 들 수 있다. 그러나 이 경우에도 의료행위의 종류와 내용, 보상관계

75) 전광석, 한국헌법론, 법문사 2005, 266면
76) 전광석, 한국사회보장법론{제5판], 법문사 2003, 141면
77) 권영성, 헌법학원론 , 법문사 2005, 563면
78) 전광석, 전광석, 한국헌법론, 법문사 2005, 268면

에 있어 일방적인 규제를 하여 해당 직업의 의미를 상실시키는 것은 직업행사의 자유를 침해하는 것이다.[79]

이와 관련하여, 의료법 제19조의 2[80]는 태아의 성감별행위 등의 금지를 규정한 조항이다. 성감별 행위는 낙태의 원인이 된다는 점에서 해서는 안 될 의료행위로 규제하고 있다, 의료인이 이 법을 위반하였을 때는 의료법 제52조 제5항의 규정에 따라 면허취소 사유가 된다. 그러나 태아의 성감별 금지조항은 비록 낙태의 원인을 제공하기는 하나 모든 성감별 행위가 낙태의 원인이 되는 것이 아니라 일부 특수한 경우에 한하여 성감별이 낙태의 원인이 되고 있다는 점에서, 또한 과거와는 달리 저출산의 문제가 사회문제화 되고 있고 개개인의 능력과 여건에 따라 가족계획이 이루어지고 있는 시대적인 변화를 감안해야 한다. 특히 낙태를 행하였다고 하여 기소되거나 처벌되는 경우는 매우 드물어 낙태가 빈번히 이루어지는 현실에 대하여 국가가 적극적인 개입을 하지 않고 있다고 볼 수 있으며, 이는 실질적으로 낙태에 대한 조항이 사문화 되었다고 할 수 있으므로[81] 태아의 성감별을 금지하는 조항은 성감별을 금지함으로써 낙태를 방지한다는 입법목적을 상실하였다고 볼 수 있다. 따라서 성감별 행위 자체를 면허취소의 사유로 규정한 현행법은 직업행사의 자유를 위반하는 조항으로 검토되어야 마당하다고 판단된다.

다. 공정경쟁의 보호

직업선택의 자유는 객관적인 질서로서 공정경쟁 질서를 실현하여야 한다. 국

---

79) 전광석, 전광석, 한국헌법론, 법문사 2005, 268면

80) 의료법 제19조의 2(태아의 성감별행위등의 금지) ①의료인은 태아의 성감별을 목적으로 임부를 진찰 또는 검사하여서는 아니되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와 주어서는 아니된다. ②의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다.

81) 유호종・이경환, “우리법의 낙태 규정에 대한 윤리적 검토와 제안”, 한국의료법학회지 제9권 2001년 제2호, 한국의료법학회 72면

가 독점은 특별히 이를 정당화하는 사유가 존재하는 경우에 한하여 헌법적 정당성을 갖는다.[82] 즉 공익상 중요한 영역에서 중대한 위험의 개연성이 있으며, 이를 방지하기 위하여 필요한 경우에 한하여 정당성을 가질 수 있다. 위 직업행사의 자유에서 예시한 요양기관강제지정제의 경우도 국가가 국민건강보험관리공단이라는 대리인을 내세워 의료보험 시장에서의 국가독점을 행사하는 경우로 볼 수 있다.

라. 직업선택의 자유의 제한

기본권 제한에 관한 일반적 법률유보 조항을 의미하는 헌법 제37조 제2항은 법률로써 기본권을 제한하는 경우에 준수되어야 할 일반원칙을 규정한 조항이다. 직업선택의 자유는 헌법 제37조 제2항의 규정에 의해 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한할 수 있다. 하지만 제한의 방법은 법률로써만 가능하고, 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없으며, 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.[83] 직업선택의 자유를 제한하는 한계와 정도에 대해서, 제한의 대상이 직업에의 접근 자체인가 아니면 직업의 행사인가에 따라서 제한의 정도와 한계의 내용에 차이를 두어야 한다는 단계이론이 있다.[84] 직업선택의 자유에 대한 1단계 제한은 직업수행의 자유를 제한하는 방법이다. 이때는 입법자에게 넓은 재량이 인정되어 있다. 논란이 되고 있는 요양기관 당연지정제가 이에 해당된다. 이때에도 물론 과잉금지의 원칙은 존중되어야 한다. 2단계는 일정한 주관적 사유를 이유로 직업선택의 자유를 제한하는 방법이다. 이는 특히 중요한 공공의 이익을 보호하기 위한 경우에 한하여 제한된다. 이는 직업선택의 자유에 대

82) 전광석, 한국사회보장법론{제5판], 법문사 2003, 141면
83) 권영성, 전게서, 565면
84) 헌재 2002.12.18 [2000 헌마 764] ; 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권 주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.

한 제한이 직업행사의 자유를 제한하는 것에 비해 개인생활에 미치는 경제적 파급효과가 심각하기 때문이다. 이때 주관적 사유에 해당하는 것으로는 교육과정이수나 시험합격 등이 있다. 의료인의 국가시험을 통한 면허제도도 이에 해당한다. 3단계 제한은 객관적 사유를 이유로 직업선택의 자유를 제한하는 방법이다. 이는 직업선택의 자유에 대한 결정적인 제한이 되기 때문에 공공의 이익에 대한 위험이 발생할 것이 확실하거나 심각한 위험을 방지하기 위하여 불가피한 경우에만 허용된다. 이상과 같이 직업의 자유에 대한 제한의 효과가 적은 순서로 규율을 해야 한다. 직업선택의 자유를 제한하는 조치의 정당성 심사에 있어서 단계이론만으로는 불충분하고 단계이론의 이념적 기초인 과잉금지 원칙에 따른 최종적인 심사가 필요한 경우도 있다.[85]

의료법 제25조 무면허의료행위의 금지는 직업선택의 자유를 제한하는 조항이다. 보건의료에 관한 직업 면허는 의료행위가 국민의 건강과 생명에 위해를 끼칠 위험이 있으므로 법률에 의해 의료행위를 전면적으로 금지시키고 일정한 자격요건을 갖춘 자에게만 의료기관 개설 및 의료행위를 할 수 있도록 허용함을 말한다. 이는 헌법 제37조 제2항[86]에 근거하여, 사회질서 및 공공의 이익을 위해 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 누구나 무분별하게 의료행위를 하였을 경우 발생할 수 있는 위험과 사회질서 체계의 혼란을 방지하기 위함이다.

마. 의료인의 직업선택의 자유의 제한

의료인의 자격과 관련된 헌법재판소의 판례[87]를 보면 의료인은 “단순한 의료

85) 전광석, 전게서 272면

86) 헌법 제37조 ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

87) 헌재결, 1996.10.31. [94헌가7] 의료법 제25조 제1항 등 위헌제청소송. 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 "인체 전반에 관한 이론적 뒷받침"과 "인간의 신체 및 생명에 대한 외경

기술 이상의 인체 전반에 관한 이론적 뒷받침"과 "인간의 신체 및 생명에 대한 외경심"을 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 자로 규정하고 있다. 즉 의료인으로서 자격은 '인체에 관한 전문적 지식' 뿐만 아니라 '생명에 대한 윤리의식'이 있어야 하는 것이다. 의료법 제8조[88]는 의료인이 될 수 없는 결격사유를 규정하고 있다. 결격사유란 신뢰성[89]이 결여된 자에 대하여 원천적으로 해당 직업활동을 할 수 없도록 하기 위한 제도를 말하는 것으로 직업선택의 자유를 제한하는 규정이다. 의료인의 신뢰성에 대한 판단 기준은 '의료인으로서 적법한 의료행위와 직업수행'을 보장할 수 있는지를 의미한다.[90] 결격사유의 범위와 관련하여 '보건의료인의 신뢰성에 대한 판단은 당해 직업활동과 관련하여 적법한 직업수행을 보장할 수 있는지 여부에 초점을 두어야 하며, 일반적인 반사회적 범죄행위는 의료인의 도덕성 문제이므로 이를 결격사유에 포함할 것인지에 대해서는 별도의 사안이라는 태도[91], 변호사보다 공공성이나 공인으로서의 지위 등이 낮은 의료인의 결격사유에 진료권과 관계없는 부수적인 사유를 포함시켜 의료인의 법적지위까지 문제 삼는 것은 타당하지 않다는 견해[92]등이 있다.

결격사유와 관련하여 보건의료인이 아닌 타 직업에 대한 결격사유의 범위와

심"을 체계적으로 교육받고 이점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고,(생략)

88) 제8조 (결격사유등) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 의료인이 될 수 없다. 1. 정신질환자 3. 마약·대마 또는 향정신성의약품중독자 4. 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 5. 이 법 또는 형법 중 제233조 (허위진단서등의 작성), 제234조 (위조사문서등의 행사), 제269조 (낙태), 제270조 (의사 등의 낙태, 부동의 낙태), 제317조 제1항 (업무상비밀누설), 제347조(허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관 또는 단체를 기망한 경우에 한한다), 보건범죄단속에관한특별조치법·지역보건법·후천성면역결핍증예방법·응급의료에관한법률·농어촌등보건의료를위한특별조치법·시체해부및보존에관한법률·혈액관리법·마약류관리에관한법률·약사법·모자보건법 기타 대통령령이 정하는 의료관련법령에 위반하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자

89) 여기에서 말하는 신뢰성은 도덕상·형벌상의 문제가 아니라 경찰상의 책임을 말한다. 홍정선, 행정법원론(하)(박영사, 2002), 583면

90) 김기경, 전게논문, 54면

91) 김기경, 전게논문, 54면

92) 강경근, "헌법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25,

정도에 대하여 살펴보면, 국가공무원의 신뢰성 판단의 기준은 업무관련법상 의무위반에만 한정되지 않고 공무원의 품위 손상과 사회적 비난가능성 등이 있는 일반범죄에까지 확대되어 있다.[93] 이는 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 하기 때문에 공무원 임용과 지위의 보장에 있어 보다 엄격한 규율이 적용되어야 하며, 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이기 때문에 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 한다는 점 등에 근거하고 있다.[94] 일반 국민이 법령에 위반하는 행위를 한 경우에는 해당행위에 대한 제재를 하는 조치가 취해지지만 공무원이 법령을 위반한 경우에는 공무원의 신분 또는 해당행위와는 관계없는 공무원의 법적지위에 불이익이 가해진다. 이러한 신분상의 차별은 공무원은 일반국민에 비하여 국가와의 관계에서 특수한 신분을 가지고 있기 때문이다. 따라서 공무원은 일반인과 동등한 내용의 기본권을 향유할 수는 없으나[95] 이러한 의무와 제한에 대한 반대급부로서 사회보장급여가 보장된다.[96]

국가공무원의 결격사유가 엄격한 것은 공무원이 갖는 특수한 신분에서 비롯한 것이라고 판단된다. 따라서 비록 의료행위가 공공성을 지니고 있고 민간의료기

---

93) 국가공무원 법 제33조 (결격사유) ①다음의 각호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다. 1. 금치산자 또는 한정치산자 2. 파산자로서 복권되지 아니한 자 3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자 4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받는 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자 7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자 8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자

94) 헌재결, 2003.12.18. [2003헌마409] 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고 원활한 직무수행을 위하여는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 직무수행에 어려움이 생기고 이는 곧바로 공직전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 되므로, 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수 있고 공무원에게 공무를 위임한 국민의 일반의사에도 부합할 것이다.

95) 전광석, 한국헌법론(법문사, 2005), 401면

96) 전광석, 한국헌법론(법문사, 2005), 404면

관이 당연지정제에 의해 의무적으로 요양기관으로 지정되어 공적의료체계에 편입되어 있다하여도 기본적으로 사적신분[97]인 의료인의 결격사유의 수준을 공무원의 결격사유와 같은 정도로 엄격히 요구할 수는 없다고 판단된다.

다른 예로 의료인과 같은 전문직종이라 할 수 있는 변호사의 경우 결격사유[98]로 일반범죄 경력에까지 결격사유의 기준을 두고 있다. 이는 변호사 역시 의료인과 같이 전문적 지식을 필요로 하고 또한 동일하게 사경제의 주체라는 점에서 의료인과 사회적 신분의 차이는 없으나 의료인의 결격사유 보다 엄격한 규정을 두고 있다. 이러한 이유로는 변호사법 제1조[99]에 명시되어 있는 것처럼 변호사의 사회적 역할이 사회정의의 실현과 사회질서의 유지에 목적을 두고 있으며, 이러한 직업의 특성으로 하여 엄격한 규율을 필요로 하게 되었다고 판단된다.

비교의 대상으로 삼은 공무원이나 변호사 등의 직업군은 사회질서를 중심으로 형성되기 때문에 업무 수행에 필요한 신뢰성은 사회질서의 유지라는 가치를 실현하는데 있어 적극적으로 요구되는 것일 수밖에 없다. 의료인의 경우 이와는 달리 역할과 책임이 인간의 질병과 생명을 보호하는데 목적을 두고 있어 업무 수행에 필요로 하는 직업윤리의 성격에는 다소 차이가 있다고 판단되며, 그러한 차이가 결격사유의 범위를 정하는데 반영된 것이라고 생각된다. 그러나 한편으로는 의료인이 국민의 건강과 생명을 지키는 사회적 책임이 막중하고 또한 사회 지도층으로 위치하고 있다는 점을 감안하면, 결격사유의 범위를 단순히 업무관련법상 의무

---

97) 유지태, “행정법적 관점에서 바라 본 의료법개정안”, 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25

98) 변호사법 제5조 (변호사의 결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다. 1. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자 2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아니한 자 3. 금고 이상의 형의 선고유예를 선고받고 그 기간 중에 있는 자 4. 탄핵이나 징계처분에 의하여 파면 또는 이 법에 의하여 제명된 후 5년을 경과하지 아니하거나, 징계처분에 의하여 해임된 후 3년을 경과하지 아니한 자 5. 금치산자 또는 한정치산자 6. 파산자로서 복권되지 아니한 자 7. 이 법에 의하여 영구제명 된 자

99) 변호사법 제1조 (변호사의 사명) ①변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다. ②변호사는 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서의 유지와 법률제도의 개선에 노력하여야 한다.

위반에만 한정한다는 것이 우리 사회의 보편적인 가치와 부합하지 않을 수도 있으며, 전문가 집단으로서 구성원의 품성을 자체적으로 엄격히 규율하는 것이 사회적인 위상을 스스로 높이는 방법일 것이다. 따라서 의료인의 신뢰성에 대한 판단 기준은 의료인의 직업적 특수성, 법적지위, 요구되는 윤리관 등을 고려하여야 할 것이며, 업무상의 위반과 죄뿐만 아니라 일반 범죄 행위 중에서도 범죄의 종류, 죄질, 내용상 죄가 무거운 형벌을 받은 경우에는 의료인에게 요구되는 윤리성의 범주를 벗어나는지를 판단하여 의료인의 신뢰성에 대한 판단 기준을 설정해야 할 것이다.

의료법 제48조는 의료인과 의료기관에 대하여 영업을 개시할 것을 명령하는 의무부과로서 헌법상의 기본권을 제한하는 법률이다. 기본권을 제한할 때는 정당한 목적이 존재하고, 법적근거가 존재한다 할지라도 신뢰보호의 원칙과 과잉금지의 원칙을 존중하여야 하며, 신뢰보호를 위한 기본적인 전제조건은 그 내용을 예측할 수 있도록 해당 조문이 명확하게 형성되어 있어야 한다. 그렇지 않을 경우 이를 집행하는 국가권력의 자의적인 판단의 여지가 넓어진다는 문제점을 갖고 있다.[100] 의료법 제48조의 조문은 지도와 명령권자의 자의적인 판단을 규제의 근거로 하고 있다는 점에서 위헌의 여지가 있다. 의료법 제48조 제1항에 보면 '보건의료시책 상 필요하다고 인정될 때, 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때 의료기관 또는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령'을 할 수 있음을 규정하고 있어 지도와 명령을 하는 근거와 사유가 추상적이고 명확하지가 않다. 또한 제2조에서 '의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업하여 환자진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때' 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다. 라고 규정하여 행정명령을 행정권자의 판단에 위임하고 있다. 이는 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이라 판단된다.

---

100) 전광석, 전게서 , 180면

집단휴업이나 집단폐업의 경우는 의료인이 노동자의 신분이 아닌 사경제 주체라는 점에서 노동자의 신분을 전제로 하는 쟁의행위로 규정하기에는 적합하지가 않고, 또한 집단휴업이나 집단폐업을 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'상 '사업자의 부당한 공동행위'에 해당한다고 볼 수도 없다.[101] 이는 집단휴업이나 집단폐업을 주도한 의사협회 등에 대해서는 공정거래에 관한 법률 위반[102]이 적용 될 수 있을 것이나, 사업자 개별 주체가 행위주체가 되므로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위배된다고 볼 수 없다. 민간의료기관에 대하여 집단휴업이나 집단폐업을 금지하는 조항은 의료인들이 휴업이나 폐업이라는 형식으로 집단으로 진료를 거부하는 것을 금지하는 규정이라 볼 수 있다.[103] 의료인의 집단 휴업과 집단폐업은 휴업과 폐업이라는 형식을 거침으로서 의료서비스를 제공하는 의료기관의 영업 상태가 중단된 것이므로 의료법 제16조의 진료거부금지 조항을 적용하는 것은 적합하지 않을 것이나, 실질적으로는 집단휴업이나 집단 폐업을 국가를 상대로 하는 정치적 파업의 성격을 지닌 시위로[104] 보기 때문에 이를 진료거부 행위로 간주하여 의료인의 집단행동인 진료거부를 국가에서 법률적으로 금지하는 규정이다.

현행법상 요양급여비용은 보험자와 의약계를 대표하는 자가 체결하도록 되어 있다.[105]그러나 합의에 의한 계약이 체결되어지지 않을 경우는 국민건강보험법 제42조 제3항[106]의 규정에 의하여 건강보험심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지

---

101) 유지태, "행정법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25

102) 대법원, 2003. 2. 20. [2001두5347 전원합의체 판결]

103) 의료인의 진료거부에 대해서는 의료법 제16조 진료거부 금지의 조항에서 규정되어 있다.

104) 전광석, "국민건강보험의 법률관계", 의료법학 제2권제1호 2001년, 301면 각주74); 파업은 이익단체간의 이익관계를 조정하기 위한 수단이므로 보험자를 상대로 한 파업은 정치적 파업의 성격이 강하고 2000년 의사파업은 법적으로는 시위로 보아야 할 것이다.

105) 국민건강보험법 제42조 (요양급여비용의 산정 등) ①요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.

106) 국민건강보험법 제42조 (요양급여비용의 산정 등) ③제1항의 규정에 의한 계약은 계약기간의 만료일전 3월 이내에 체결하여야 하며, 그 기한내에 계약이 체결되지 아니하

부장관이 결정하도록 되어있다. 즉 요양급여비용 계약이 국가에서 위임한 보험자와 의약계의 대표와 합의되지 않고 분쟁에 이르렀을 경우 이를 위임한 국가의 행정권자인 보건복지부 장관이 결정하도록 규정하여 실질적으로 의료서비스의 공급가격이 수요자의 일방적인 의사에 의해 결정되는 구조를 갖고 있으며, 이는 의료인의 직업행사의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 있다.[107][108] 의료법 제16조와 제48조에 의해서 의료인은 환자의 요구에도 진료거부를 할 수 없을 뿐만 아니라, 자신들의 이해관계가 대립되는 상황에서도 국가의 명령에 의해 진료를 거부할 수 없는, 실질적으로 진료의 의무만이 존재하게 된다. 이는 직업의 자유가 보장된 것이라 할 수 없다. 의료법 제48조 업무개시명령은 의료인의 직업행사의 자유인 영업의 자유를 제한하는 규제 조항으로 이에 대한 개선이 요구된다고 하겠다.

의료기관의 개설과 영업에 대한 규제는 대부분 직업행사의 자유 또는 영업의 자유를 제한하는 조항이다. 의료법 제30조 제2항 의료기관 개설을 제한하는 것은 의료인에게 1개소의 의료기관 만을 개설할 수 있도록 허용하고 있다는 점에서, 의료법 제46조 과대광고의 금지와 제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지는 허용된 범위 내에서만 광고를 허용하고 있다는 점에서 직업행사의 자유인 영업활동의 자유를 제한한 것으로 판단된다. 이는 공공의 복리를 위하여 의료기관의 상업화를 방지하고 이윤추구 보다는 의료행위의 직업적 윤리 실현을 위한 입법 목적을 반영한 것으로 판단된다.

그러나 이러한 영업활동의 규제는 의료시장의 개방 요구에 따라 변화를 보이

는 경우 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다.

107) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호 2001년, 307면

108) 전광석, 한국사회보장법론(법문사,2003),143면; “요양기관은 직업행사의 자유의 주체이기 때문에 요양기관에게 직업수행의 내용을 형성하는 가능성이 보장되어야 하며, 또 이에 대한 보상은 보험자와 합의에 의하여 결정될 수 있도록 실체법적·절차법적 및 조직법적인 제도 장치가 마련되어야 한다. 이러한 결정이 국가 혹은 보험자에 의하여 일방적으로 결정되는 것은 기본적으로 직업의 자유와 조화 될 수 없다.”

고 있다. 최근 보건복지부는 의료시장개방에 대비하여 영리법인을 허용하는 방안을 발표하였다.[109] 현재 허용되고 있는 의료법인은 비영리법인으로[110]영리를 추구할 수 없도록 규정하고 있다. 영리법인은 상법에 의하여 등록된 법인을 지칭하는 것이며, 비영리법인은 민법이나, 의료법, 기타 특별법에 의하여 해당관청에서 허가받은 법인을 말한다. 대부분의 비영리 법인은 이익이 발생하였을 때 고유목적사업적립금으로 전입시키는 방법으로 법인세를 줄이나, 의료법인의 경우 이익의 1/2만을 적립금으로 전입할 수 있고 나머지는 법인세를 납부하여야 한다. 이러한 세제상의 혜택 대신 비영리법인은 이익을 투자가에게 돌려줄 수 없고 타인에게 매각할 수도 없으며, 기부금에 의한 자금조달만이 가능하다. 영리법인은 영업적 이익을 위하여 설립하는 상법상의 합명, 합자, 유한, 주식회사 등의 사단법인을 의미하며 개인은 회사의 구성원으로 이윤배당, 잔여재산의 분배 등의 형태로 이익을 취할 수 있다. 영리법인이 허용되면 내・외국인을 막론하고 누구나 의료기관을 설립하여 운영할 수 있게 된다. 즉 WTO 협상내용 중 Mode3에 해당하는 외국인에 대한 상업적 목적의 의료기관 설립운영이 허용되는 것으로 의료분야에서 면허개방을 제외한 모든 분야의 개방이 이루어지게 된다.[111]

---

109) 의협신문, 2005.5.19 , 5면 '프리랜서의사 생긴다' ; 보건복지부는 13일 오전 제1차 의료서비스산업육성협의회를 개최하고 의료기관의 자본 참여와 프리랜서 의사 도입 방안 등 보건의료서비스산업을 육성하기 위한 방안을 논의했다. 송재성 복지부차관은 협의회 직후 가진 기자브리핑을 통해 "지금까지 보건의료정책은 의료 인프라의 확충과 국민의 보편적 의료이용을 목표로 규제 중심의 양적 성장 정책을 추진해 왔다"며 "국민의 의료이용의 접근성을 확보했으나, 규제위주의 의료제도로 인해 국민의 다양한 의료 선택권 보장이 미흡한 상황"이라고 밝혔다. 송 차관은 "의료시장의 글로벌화가 진행되고 있는 상황에서 의료기관의 대외 경쟁력을 확보할 필요성이 있다"며 "고부가가치 산업인 의료서비스산업이 경제성장에 기여할 수 있도록 제도를 개선함으로써 궁극적으로 국민에게 양질의 의료가 제공되도록 할 계획"이라고 복지부 차원에서 의료서비스산업육성방안을 모색하게 된 배경을 설명했다.

110) 의료법시행령 제18조 (의료법인등의 사명) 의료법인 및 법 제30조제2항제4호의 규정에 의하여 의료기관을 개설한 비영리법인은 의료업(법 제42조의 규정에 의하여 의료법인이 행하는 부대사업을 포함한다)을 행함에 있어서 공중위생에 기여하여야 하며, 영리를 추구하여서는 아니된다.

111) "의사의 프로페셔널리즘과 영리법인", 박윤형, 계간의료정책포럼(의료정책연구소, 2004년 가을호)

영리법인의 허용은 일차적으로 의료법의 변화를 요구한다. 의료의 공공성과 비영리성, 직업적 윤리성을 구현하던 의료법상의 규제 조항들이 일차적인 대상이 될 것으로 판단된다, 의료기관의 개설과 관련하여 의료법 제30조 제2항 '의료법인'과 '비영리법인'으로 제한되어 있는 개설제한의 범위에 영리법인이 포함될 것이며, 의료법인에 관련된 조항[112]의 변화가 예상된다. 특히 의료법 제46조, 47조에 명시된 의료광고에 대한 규제가 완화될 것으로 예상된다.

영업활동의 규제는 의료시장의 개방 요구에 따라 외국 의료기관의 국내시장 진출이 임박함으로써 경쟁력을 확보하는데 장애로 작용할 수 있다. 따라서 의료기관의 영업활동에 대한 규제는 시대의 변화에 맞춰 정비하는 것이 바람직하다고 판단된다.

(5) 언론 출판의 자유

헌법 제21조는 언론·출판의 자유를 비롯하여 언론·출판에 대한 허가제·검열제의 금지, 통신·방송의 시설기준 등의 법정주의, 언론·출판의 자유의 한계를 규정하고 있다. 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 내용으로 하는 표현의 자유는 한편으로는 자유로이 형성된 의견을 국가의 간섭을 받지 않고 발표·전달할 수 있으며, 국가가 의견의 형성을 강요하거나 혹은 의견표현과정을 지배해서도 안 된다는, 개인의 국가에 대한 방어권적 성격의 권리이다.[113] 의사표현의 매체 중 하나로 광고물도 포함된다. 광고물도 사상·지식·정보를 불특정 다수에게 전달하는 것으로 언론의 자유에 의하여 보호된다. 단 타인의 인격을 폄하하는 목적이 지배하는 경우에는 언론의 자유의 보호영역에 속 할 수 없다. 헌법은 언론·출판 행위에 특별히 적용되는 제한규정을 두고 있다. 언론·출판은 타인의 명예나

112) 의료법 제41조(설립허가), 42조(부대사업), 44조(민법의 준용), 45조(설립허가의 취소) 등은 의료법인에 관한 조항이다.
113) 전광석, 전게서 248면

권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다는 내재적 한계를 갖고 있다.

가. 언론의 자유에서 파생되는 권리

언론의 자유에서 파생되는 권리로는 알 권리, 언론매체 이용권, 보도의 자유 등이다. 알 권리는 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 또 처리할 수 있는 권리를 말한다. 더욱이 정보가 개인의 구체적인 권리를 실현하기 위하여 필수적인 경우에는 이에 대해서는 정보공개청구권이 주관적 공권으로서 인정되어야 한다.[114] 알권리는 정보를 수집할 권리와 정보공개청구권을 포함한다. 정보를 수집할 수 있는 권리는 국가의 방해를 받지 않고 정보원에 자유롭게 접근할 수 있는 자유권적 기본권이며, 정보공개청구권은 국가의 적극적인 행위를 요구하는 내용의 기본권이다.[115]

나. 언론・출판의 자유의 제한

언론・출판의 자유를 허가나 사전검열을 통해서 제한하는 것은 금지된다.[116] 언론의 자유는 언론의 자유를 향유함으로써 국가안전보장・질서유지・공공복리에 위해를 주는 것이 명백하고, 그 위해가 현존하는 경우에 한하여 제한될 수 있다. 일반적으로 표현의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 의해 이루어지며, 개인의 법익과 비교형량 하여 조정된다. 즉 언론・출판의 자유의 제한은 헌법 제

114) 헌재결 1989.9.4 [88 헌마 22]
115) 정보공개청구권인 알권리의 헌법적 근거가 헌법 제21조인가 아니면 헌법 제10조 국가의 기본권보장의무에서 파생되는가에 문제에서 헌재는 처음에는 헌법 제21조를, 이후 헌법 제10조를 근거로 제시한 바 있다.
116) 헌법 제21조 제2항 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등 공익을 보호할 필요가 있는 경우라야 하지만, 언론·출판의 자유를 제한함에는 언론·출판의 자유라는 법익보다 더 큰 공익을 유지하기 위하여 필요한 경우라야 한다는 의미이다. 또한 언론·출판의 자유를 제한하는 법률은 그 내용이 명확하여야 하며, 과잉금지의 원칙이 존중되어야 한다. 과잉금지의 원칙은 위법한 표현행위를 규제하기에 충분한, 보다 완곡한 제재 방법이 따로 있음에도 불구하고 과중한 제재를 과하는 입법은 자유로운 표현을 질식시키는 사회적 효과가 있기 때문에 위헌이다.[117]

다. 의료인의 언론·출판의 자유 제한

의료광고에 대해서는 의료법 제46조에서 과대광고금지, 제47조 학술목적 이외의 광고를 금지하고 있으며, 의료법시행규칙 제33조에서는 의료광고의 범위와 광고 매체, 횟수 등의 제한 규정을 두고 있다. 의료광고 제한의 헌법적 근거는 헌법 제37조 제2항에 의한 것으로 공공복리를 위하여 언론·출판의 자유를 제한할 수 있다. 의료광고를 허용함으로써 예상되는 부정적인 측면으로는 의료광고는 정보의 비대칭성으로 인하여 소비자의 피해가 예상되며, 자본력에 의하여 의료기관 간의 '부익부 빈익빈' 현상이 심화될 것이라는 점, 의료광고로 인하여 의료기관간의 경쟁이 심화되면 불필요한 의료시설에 대한 투자가 더욱 확대될 것이고 이는 결국 의료인이나 의료기관에게는 과다한 투자비용 부담을, 소비자에게는 의료비 상승의 부담을 줄 것이라는 점, 무엇보다도 의료의 기본적 가치인 환자의 건강과 생명을 지키는 것보다 마케팅 중심으로 의료의 윤리성이 퇴색 될 것이라는 점이 문제점으로 지적되고는 있다. 반면에 지나친 의료광고의 규제는 소비자인 환자나 환자의 보호자에게는 알권리를 제한하는 것이며, 의료인에게는 표현의 자유를 제한할 뿐만 아니라 재산권 행사의 자유와 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 판단된다.

117) 권영성,헌법학원론(법문사 2005) 508면

이와 같이 부정적인 측면과 긍정적인 측면이 대립하고 있는 경우 보호되는 공익과 침해되는 개인의 권익을 비교해야 할 것이나, 의료에 관한 정보는 이미 각 종 매체의 건강프로그램을 통해 소비자에게 전파되고 있으며, 유사의료광고 또한 이미 범람하고 있어 의료광고의 규제가 실질적으로는 의료기관의 표현의 자유만을 구속하고 있을 뿐이라는 점과 소비자의 알권리에 대한 요구가 점점 증대하고 있으며, 국내 의료시장 개방과 의료 서비스산업 발전이라는 시대의 흐름에 맞춰 의료광고의 규제를 완화해야 한다는 주장이 제기되고 있다는 점을 고려하여[118] 의료광고 규제에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다.

(6) 집회 결사의 자유

집회와 결사의 자유는 집단적인 의사의 형성과 표현을 보호하기 위한 기본권이다. 집회는 단기적인 형태의 의사표현 행위이며, 여기에는 시위도 포함된다.[119] 결사의 자유의 구체적인 내용으로는 단체결성의 자유, 단체존속의 자유, 단체활동의 자유, 결사에의 가입·잔류의 자유와 단체에서 탈퇴할 수 있는 자유와 가입하지 않을 자유 등이 있다.[120] 의료법 상으로는 의료법 제48조 지도와 명령 조항은 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업을 하는 단체행동을 금지하고 있다. 이에 대해서는 보건복지부장관, 시도 지사 또는 시장군수구청장이 당해 의료인 또는 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다고 규정하고 있다. 민간의료기관에 대하여 집단휴업이나 집단폐업을 금지하는 조항은 실질적으로 의료인의 시위를 국가에서 법률적으로 금지하는 규정이다.[121] 개별사업자에 대하여 집단 휴

118) 한은경, 정부의 의료광고 규제완화정책 이렇게 본다, 계간 의료정책포럼(의료정책연구소, 제3권 2호, 2005년), 59-60면; 한형일, 의료광고규제 무엇이 문제인가, 동지 (제 1권 2호, 2003년),45면
119) 전광석, 전게서, 258면
120) 권영성, 전게서, 531면
121) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호(2001),301면 각주74) 파업은 이익단체간의 이익관계를 조정하기 위한 수단이기 때문에 보험자를 상대로 하는

·폐업 등의 집단행동을 금지하는 규정은 의료인이라는 사회적 신분에 대하여 국가공무원에 대한 규제[122]에 준하는 강한 권리제한의 규정들이라고 할 수 있다.[123] 의료법 제48조는 헌법 제21조 결사의 자유의 구체적 내용인 단체활동의 자유를 침해하는 조항으로 이에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

(7) 재산권 행사의 자유

헌법 제 23조[124]는 재산권 보장에 관한 규정이다. 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리를 말한다. 직업선택의 자유가 경제적 이득의 취들을 목표로 하는 활동을 보호의 대상으로 하는 반면, 재산권은 이미 형성된 재산을 보호하는데 중점을 두고 있다는 차이가 있다. 헌법상 재산권 보장의 기본적인 의미는 개인이 보유하고 있는 재산의 존속을 보장하는데 있다. 재산권 보장은 다음과 같은 이중적 의미를 지닌다. 첫째, 재산권은 인간의 존엄을 보장하기 위하여 필요한 경제적·물질적 기초를 국가의 침해로부터 보호하여 개인의 자유를 실현하는 기능을 수행한다. 둘째, 재산권 보장은 자본주의 시장경제 질서를 형성하는 객관적 질서요소로서 기능 한다. 이와 같은 의미에서 재산권은 사유재산제도를 정당화하고 사유재산제도에 기초하여 실현된다.[125] 재산권에 의하여 보호되기 위해서는 첫째, 개인이 스스로의 노력에 의해서 성취한 재산이어야 한다. 둘째, 해당 재산에 대해서 개인의 사적인 유용성과 처분성이 인정되어야 한다는 점이다. 따라

파업은 정치적 파업으로서의 성격이 강하고...중략...2000년 우리나라에서 벌어진 이른바 의사의 "파업"은 수사학적으로는 허용될 수 있는 용어이지만 법적으로 보면 "시위"라고 보아야 할 것이다.

122) 국가공무원법 제 66조 제1항에서 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 해서는 안 됨을 규정하고 있다.

123) 강경근, 전게논문, 8면

124) 헌법 제23조 ①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

125) 전광석, 한국헌법론(법문사,2005), 274면

서 법적지위나 단순한 경제적 기회·기대이익·반사적 이익 또는 면허 등은 재산권 보장의 대상이 아니다[126]. 한 예로 건강보험법 제 40조 제1항 위헌확인 소송[127]에서도 '요양기관당연지정제'로 인하여 재산권이 침해되고 있음을 주장하고 있다. 즉 청구인 등이 사적 부담으로 의사자격을 취득하고 의료기관을 설립하여 그에 상응하는 수입을 그 대가로 기대하였으나, 국민건강보험법 규정은 각자의 능력, 투여비용, 시설의 차이를 무시하고 모든 의료기관에 요양급여를 강제하고 획일적인 대가를 지급하기 때문에, 또한 개인의 사유재산이 투영된 의료기관을 국가가 강제로 동원하는 것이므로 재산권을 침해하는 것임을 주장하였다. 그러나 의사자격증을 취득하고 갖는 미래에 대한 기대 수익이나 시설투자에 따른 기대수익은 개인의 자유로운 결정과 그에 따른 사적 위험부담에 기인하는 것으로서 헌법상 보장된 재산권의 보호범위에 포함되지 않는다고 판결하였다.

가. 재산권행사의 사회적 의무성

헌법 제 23조 제 1항 재산권의 ' 내용과 한계는 법률로 정한다' 라고 하여 재산권에 대한 개별적 법률유보를 규정하고 있다. 따라서 재산권의 대상이 되는 사유재산의 범위와 어떠한 경제적 가치에 대하여 어떠한 내용의 권리(사용권·수익권·처분권 등)를 인정할 것인가는 법률로써 정해진다. 헌법 23조 제2항 '재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다'라고 하여 법률로써 내용과 한계가 이미 확정된 구체적 재산권의 행사도 공공복리에 적합한 것이어야 한다는 재산권 행사의 사회적제약성을 규정하고 있다. 이것은 재산권의 사회적구속성을 명시한 개별적 법률유보이다[128] 재산권의 사회적구속성 또는 사회적의무성이 강조되는

126) 헌재 1997.11.27 [97 헌바 10];2003.12.18 [2002 헌바 49]; 2002.12.18 [2001 헌바 55]; 2000.12.14 [99 헌마 112 등(병합)]
127) 헌재결 2002.10.31, 99헌바76, 2000 헌마 505(병합)
128) 권영성, 헌법학개론(법문사 2005), 554면

것은 재산권의 악용이나 남용 등으로 말미암아 초래되는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제의 기본이념을 수호하려는 것이며, 사유재산제의 유지·존속을 위한 최소한의 자기 희생내지 양보를 의미하는 것이다.[129]

나. 재산권의 제한

재산권 제한의 목적은 헌법 제37조 제2항 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 경우와 헌법 제23조 제3항 공공필요를 위한 경우이다. 공공필요는 일정한 공익사업을 시행하거나 공공복리를 달성하기 위해 재산권의 제한이 불가피한 경우를 말한다. 적법한 공공필요를 위한 경우에도 공익과 사익의 비교형량을 통해 공공필요의 유무가 결정되어야 한다. 재산권 제한의 경우에는 헌법 제23조 제3항만이 아니라 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한의 목적·기본권 제한 입법의 한계 등도 존중되어야 한다.[130]

(8) 기타 보건의료 관련된 기본권

가. 주거의 자유

모든 국민은 주거의 자유를 침해 받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시 하여야 한다(헌법 제16조). 주거는 사적 활동이 이루어지는 공간이며, 따라서 공권력이 주거를 침입하는 경우 사생활의 가장 기본적인 조건이 상실된다. 주거의 자유의 보호영역은 공간적으로 외부와 구획된 모든 사적 공간이다. 그러나 순수히 사적인 활동이 이루

129) 헌재 1989.12.22 [88 헌가 13]
130) 권영성, 헌법학개론(법문사 2005), 556면

어지는 공간에 한하지 않고 노동·경제 및 학문 등 기능상 생활을 위한 공간이라면 보호의 영역에 포섭된다.[131] 공공에게 출입이 개방되어 있는 장소(음식점, 상점 등)도 관리자의 명시적인 출입금지 의사에 반하여 무리하게 입장하면 주거침입죄에 해당한다.[132] 거주자의 의사는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것도 포함 된다. 압수나 수색은 주거의 자유를 침해하는 대표적인 형태이다. 주거의 자유는 절차법적으로 보호된다. 주거에 대한 압수나 수색에는 정당한 이유[133]가 있고 검사의 신청에 따라 법관이 발부한 영장을 필요로 한다.

주거의 자유는 법률의 근거가 있는 경우 제한될 수 있다. 이 경우에 기본권제한의 실체법적 및 절차법적 요건이 충족되어야 한다. 실체법적으로 중요한 요건은 과잉금지의 원칙이다. 또한 주거의 자유는 공공의 안전과 질서유지, 소송목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 제한될 수 있다. 경찰관직무집행법상의 위해방지의무를 이행하기 위하여[134], 전염병예방법상의 방역 및 소독조치를 위하여[135], 그리고 민사집행법상 강제집행을 위하여 타인의 주거를 출입하거나, 수색하는 것[136]이 대표적인 예이다. 이 밖에도 우편법·국세징수법·근로기준법·경찰관직무집행법·소방법 등에 의거하여 개인의 주거에 출입하는 것이 허용되는 경우가 있다.[137]

압수 및 수색에 적용되는 영장주의는 기본적으로 형사절차적 기본권의 내용이다. 행정절차에 있어서는 기본적으로 과잉금지의 원칙과 같은 실체법적인 기준에 따른 심사가 중요하다. 해당 행정절차가 실질적으로 형사법적 판단을 위한 자료를 수집하는데 1차적인 목적이 있는 경우 혹은 행정목적을 달성하기 위하여 행사되

---

131) 전광석, 전게서 228면
132) 대법원은 '대학강의실은 일반인에게 공개되어 누구나 자유롭게 출입할 수 있는 곳은 아니다'라고 판시하면서, 주거침입죄의 성립을 인정하고 있다.(1992.9.25 대판92도1520)
133) 정당한 이유란 일정한 범죄에 대한 혐의의 존재와 그것을 수사하기 위한 증거물건의 발견이나 보존에 필요성이 객관적으로 인정되는 경우를 말한다. 권영성 전게서, 459면.
134) 경찰직무법 제 7조.
135) 전염병예방법 제 37,38조.
136) 민집법 제5조 제1항.
137) 권영성, 전게서, 460면.

는 강제조치의 내용 및 정도가 주거자의 의사에 현저하게 반하여 실질적으로 형사절차와 같은 외형을 띄는 경우에는 영장주의를 적용해야 한다.[138] 요양기관에 대하여 행정목적을 달성하기 위하여 행사되는 압수와 수색은 관련법에 의거 영장 없이 이루어지고 있는 실정이다. 국민건강보험법 제83조(자료의 제공)[139], 동법 제 84조(보고와 검사)[140], 동법 시행규칙 제13조 (요양급여비용의 심사·지급)[141] 등에 근거한 요양기관에 대한 관계자료의 확인요청은 해당서류에 대하여만 확인작업이 이루어지는 것이 아니라 진료기록 전반에 걸쳐 광범위하게 조사가 진행되며, 행정처분 및 형사법적 판단을 전제로 이루어진다는 점에서 압수나 수색과 다를 바 없다. 국민건강보험법 제83조는 건강보험사업을 위하여 필요한 자료를 제공받기 위한 것으로, 부당청구 등에 관한 개별사안에 대하여 조사권을 행사하기 위한 근거규정은 아닌 것이 동 법의 입법취지라 할 것인데, 심사평가원 및 공단은 위 제83조를 입법취지에 반하여 요양기관에 대한 현지심사의 근거로 편법운용하

---

138) 전광석, 전게서 230면; 이에 대해 권영성교수는 행정상 즉시강제에 있어서도 순수한 행정목적을 위한 경우, 예를 들어 전염병예방이나 소방을 위한 경우 긴급을 요하는 경우 외에는 헌법상의 영장주의가 적용되어야 한다는 입장이다. 권영성, 전게서, 459면.

139) 국민건강보험법 제83조 (자료의 제공) ①공단 및 심사평가원은 국가지방자치단체 요양기관, 보험업법에 의한 보험사업자 및 보험료율산출기관 그 밖의 공공단체 등에 대하여 건강보험사업을 위하여 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. <개정 2003.7.29> ②제1항의 규정에 의하여 자료의 제공을 요청받은 자는 성실히 이에 응하여야 한다. <개정 2003.7.29>

140) 국민건강보험법 제84조 (보고와 검사) ①보건복지부장관은 사용자 또는 세대주에게 가입자의 이동보수소득 기타 필요한 사항에 관한 보고 또는 서류제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 관계인에게 질문을 하게 하거나 관계서류를 검사하게 할 수 있다. ②보건복지부장관은 요양기관(제44조의 규정에 의하여 요양을 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 요양약제의 지급등 보험급여에 관한 보고 또는 서류제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 관계인에게 질문을 하게 하거나 관계서류를 검사하게 할 수 있다. ③보건복지부장관은 보험급여를 받은 자에게 당해 보험급여의 내용에 관하여 보고하게 하거나 소속공무원으로 하여금 질문하게 할 수 있다. ④제1항 내지 제3항의 경우에 소속공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

141) 국민건강보험법 시행규칙 제13조 (요양급여비용의 심사·지급) ①심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구내용이 법 제39조제2항 및 제3항의 규정에 의한 요양급여의 기준과 법 제42조의 규정에 의하여 정하여진 요양급여비용의 내역에 적합한지를 심사한다. 이 경우 심사평가원의 원장은 제12조 또는 법 제83조의 규정에 의하여 제출받은 자료에 대한 사실여부를 확인할 필요가 있다고 인정하는 때에는 소속직원으로 하여금 당해 사항에 관하여 현지 출장하여 확인을 하게 할 수 있다.

고 있다. 사실관계의 확인을 위해 관련법규에만 의존하여 영장 없이 집행되고 있는 요양기관에 대한 압수·수색은 행정적 편의만을 내세워 의료인의 기본권을 침해하는 행정편의주의라고 판단된다. 이런 경우에는 영장제도의 도입이 필요한 사안이라 할 수 있다.

나. 사생활의 비밀과 자유

헌법 제 17조는 사생활의 비밀과 자유에 대한 불가침을 규정하고 있다. 이는 사생활의 내용을 공개당하지 않을 권리, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니할 권리, 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 하는 복합적 성질의 권리이다. 사생활의 비밀과 자유는 사생활의 은밀한 부분에 대한 탐지 또는 그 사실의 폭로에 의하여 침해된다. 그에 대한 책임으로는 형법상의 업무상 비밀누설죄나 아동복지법상 비밀누설의 금지 등이 그 예이다. 현대 사회의 급속한 정보관련기술의 발달은 정보수요를 충족시키지만 반면에 개인의 신상과 관련된 정보가 타인에 의해 수집·배포되고 자신이 의도하지 않은 방법과 목적으로 사용되는 위험을 앉고 있다. 개인의 사생활을 기준으로 정보취득의 범위, 정보수집 목적의 정당성, 수집된 정보의 활용범위에 대한 문제 등이 있다. 의료부문에서의 사생활의 비밀과 자유에 관련된 것은 일차적으로 환자의 진료정보 문제이다. 진료의 과정에서 취득한 환자의 정보는 단지 환자와 의사 양자 간의 관계에서만 있지 않고 환자 진료챠트를 열람 가능한 의료관련직 종사자 모두가 가능하다는 점에서 정보의 노출 위험이 높다 할 수 있다. 이에 대해 환자 정보의 노출의 범위를 열람자에 따라 단계화 시키는 방법, 활용범위를 제한하는 규정 등이 필요할 것이다. 의료법 제19조(비밀누설의 금지)는 의료인이 의료법이나 다른 법령에서 특별히 규정된 경우를 제외하고는 진료 상 취득한 타인의 비밀을 누설하거나 발표할 수 없다고 규정하고 있다. 그러나 의료인의 직접적인 누설에 의하

지 않더라도 환자의 정보가 외부에 노출되어지는 경우는 다양하여 법의 실효성은 의문시된다. 한 예로 보건복지부나 심사평가원, 건강보험공단의 진료기록에 대한 확인의 경우 아무런 제약 없이 환자의 정보를 열람할 수 있는 것 등이다.

다. 통신의 자유

헌법 제 18조 통신의 자유는 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니함을 규정하고 있다. 통신의 자유는 개인이 그 의사나 정보를 우편물이나 전기통신 등의 수단에 의하여 전달 또는 교환하는 경우에 통신의 내용, 당사자, 통신의 방법 등이 본인의 의사에 반하여 공개되는 것을 금지한다. 통신의 비밀은 사생활의 비밀을 통신의 측면에서 보호하려는 것이다. 헌법상 보장되는 통신의 자유는 합법적이고 정당한 통신만을 그 대상으로 한다. 통신의 비밀을 제한할 수 있는 경우는 헌법 제 37조 2항에 의하여 국가의 안정보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있다. 의료법에서는 원격의료에 대한 규정을 두어 원격진료를 할 수 있도록 하고 있다. 의료법 제19조(비밀누설의 금지)는 의료인이 의료법이나 다른 법령에서 특별히 규정된 경우를 제외하고는 진료 상 취득한 타인의 비밀을 누설하거나 발표할 수 없다고 규정하고 있지만, 의료법 제30조2[142]는 예외로 컴퓨터나 화상전송의 정보통신기술을 이용하여 원격지 의료인에 대하여 의료지식 또는 기술을 지원하는 원격의료를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 원격의료란 멀티미디어

142) 의료법 제30조의2 (원격의료) ①의료인(의료업에 종사하는 의사・치과의사 또는 한의사에 한한다)은 제30조제1항 본문의 규정에 불구하고 컴퓨터・화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 원격지의 의료인에 대하여 의료지식 또는 기술을 지원하는 원격의료(이하 "원격의료"라 한다)를 행할 수 있다. ②원격의료를 행하거나 이를 받고자 하는 자는 보건복지부령으로 정하는 시설 및 장비를 갖추어야 한다. ③원격의료를 시행하는 자(이하 "원격지의사"라 한다)는 환자에 대하여 직접 대면하여 진료하는 경우와 동일한 책임을 진다. ④원격지의사의 원격의료에 따라 의료행위를 한 의료인이 의사・치과의사 또는 한의사(이하 "현지의사"라 한다)인 경우에는 당해 의료행위에 대하여 원격지의사의 과실을 인정할 만한 명백한 근거가 없는 한 환자에 대한 책임은 제3항의 규정에 불구하고 현지의사에게 있는 것으로 본다.

통신기술을 이용하여 진단, 자문, 치료, 의료정보의 전달, 교육, 상담 등의 의료서비스를 행하는 것으로, 예로 의사가 전화통화를 통해 간단한 상담이나 문진을 하는 것이나 원격로봇을 이용한 원격수술 등을 들 수 있다.[143]원격의료 행위의 유형으로는 ㈀ 원격자문과 원격진단, ㈁ 원격진료, ㈂ 재택진료, ㈃ 원격교육, ㈄ 인터넷의료정보 등을 들 수 있다. 원격자문과 원격진단은 의사 대 의사간의 의료지식 및 기술의 지원으로 이루어진다. 원격화상회의를 이용한 환자의 치료방향, 방법 등을 논의하는 것에 해당한다. 원격진료는 환자의 진료에 무선통신기술을 이용하는 것으로 거동이 불편한 치매환자들을 대상으로 원격치매센터가 시범적으로 운영되고 있는 사례를 들 수 있다.[144]재택진료는 원격진료시스템을 이용하여 환자가 집안에서 의사의 진료를 받는 것을 말하며, 주로 1차 진료의 범위 내에서 활용되거나 특수 장비를 환자의 집에 설치하였을 경우 이에 대한 진료도 가능하다고 보여 진다. 이는 의료기관에서 진단과 수술 등의 치료를 받은 다음 지속적인 치료에 재택진료시스템을 이용하는 것이 일차적으로 활용될 수 있을 것이며, 주치의 제도에 서도 효율적으로 재택진료시스템을 이용할 수 있을 것으로 보인다. 특히 만성질환인 당뇨나 고혈압 등은 현재 환자가 주기적으로 의료기관을 방문하여 혈압이나 혈당 등을 검사하고 약을 복용하는 일을 반복하고 있고, 환자 역시 개인적으로 혈압측정기나 혈당측정기를 구입하여 자신의 건강을 점검하고 있다는 점 등을 고려하면 만성질환 환자와 같은 경우는 일정기간에 한하여 원격진료를 허용하는 법률적 정비가 필요하다 하겠다. 원격교육은 의료인에 대한 원격교육과 만성질환을 가진 환자에 대한 원격교육 등을 예로 들 수 있다. 이러한 원격교육을 통해 지역간 의료수준의 불균형과 의료시설의 활성화가 가능하다고 보여 진다. 인터넷의료정보의 제공은 널리 보급된 인터넷을 이용하여 간단한 의학정보의 제공, 환자의

143) 이우정 외3인, “의료법상의 원격의료에 대한 법적 쟁점”, 한국의료법학회지 제11권 재1호 2003), 한국의료법학회,51면

144) 이우정 외3인, “의료법상의 원격의료에 대한 법적 쟁점”, 한국의료법학회지 제11권 재1호 2003), 한국의료법학회, 51면

문의에 대한 상담 등이 가능하다. 또한 인터넷을 활용하여 처방전을 발급하여 주는 이른바 사이버병원의 경우도 생각해 볼 수 있으나, 이는 현행법의 위반여부를 놓고 논란이 되고 있다.[145] 이와 같은 만성질환자의 원격진료나 사이버진료의 문제점으로 첫째, 환자가 직접 측정한 혈압이나 혈당 등의 수치에 대한 신뢰성의 문제, 둘째, 환자의 문진이나 시진 등의 진찰이 단순히 환자의 혈압이나 혈당 등의 수치만을 측정하는 것이 아니라 환자의 상태나 합병증의 발생 여부 등을 종합적으로 진찰하는 것이기 때문에 원격진료만으로는 환자의 상태를 정확히 판단하기 어렵다는 의학적 판단의 문제가 제기된다.[146][147] 의료법 제30조2에서는 원격의료의 범위를 '의료기관간 또는 의료인간의 원격진료'로 제한하고 있어 현행법상 아직은 의사와 환자간의 원격진료가 이루어지지 않고 있다. 이는 아직 원격진료에

145) "인터넷처방전 논란 재현", 의협신문 2004.4.20 ; 인터넷 처방전 논란이 또다시 불붙을 것으로 보인다. 지난 99년 말부터 인터넷 진단 및 처방 서비스를 실시하다 의료법 위반 혐의로 보건복지부로 부터 고발당하는 등 물의를 빚었던 인터넷 의료 사이트 아파요닷컴이 오는 5월부터 인터넷처방전 발부 서비스를 재개한다고 발표했다. 아파요닷컴이 자사 홈페이지에 올린 안내글에 따르면 인터넷 처방전은 복지부 고발 이후 검경 수사를 거쳐 최근 서울지검으로부터 최종 무혐의 판정을 받아 법적으로 아무 문제가 없다는 것이다. 현재 인터넷처방전이 법적으로 하자가 없는 것인 만큼, 이 처방전에 대해 약사가 조제를 거부할 경우 환자는 약사를 형사고발할 수 있다는 경고까지 덧붙였다. 이 업체는 "현재 보건복지부의 일부 직원이 아파요닷컴의 인터넷처방전은 인정할 수 없다고 주장하고 있으나 이는 법적 근거가 전혀 없으므로 단지 초법적인 주장에 불과하다"고 밝히고 있어 전자처방전이 다시 발행될 경우 복지부와의 마찰을 피할 수 없을 것으로 보인다. 지금까지 인터넷처방전을 일관되게 반대해 온 의료계는 아파요닷컴이 인터넷처방전을 다시 발행한다는 발표를 접하자 당혹감과 의구심을 감추지 못하는 표정이다. 행정기관의 고발과 관할 경찰서의 범죄증거 인정 확인에도 불구하고 갑자기 합법적인 것으로 인정받게된 경위를 이해할 수 없다는 분위기다. 특히 이 업체가 특허출원했다는 자가진단 프로그램은 전문성이 결여돼 있어 환자의 건강을 위협할 수 있다는 지적도 나오고 있다. 복지부와 의협은 의료질서를 문란케 하는 인터넷처방전에 대해 강력 대처해야 한다는 목소리가 높다.

146) 현재에도 고혈압, 당뇨 등의 만성질환에 대해서는 환자가 처음 의료기관을 방문하였을 경우에만 초진을 인정하고 이후는 무조건 재진으로 처리되며, 만성질환관리료가 추가 지급된다. 이는 보험재정 절감을 위한 대책의 일환으로 시행되었다.

147) "의원진찰료 통합", 의협신문 2003.1.21; 의사가 당뇨병 등 만성질환자를 지속적으로 관리해 증상이 심해지거나 합병증 유발 등을 예방하기 위해 만성질환관리료를 지급하는 질병군이 현행 고혈압, 당뇨병에서 정신 및 행동장애, 호흡기결핵, 심장질환, 대뇌혈관질환, 신경계질환, 악성신생물, 갑상선의장애, 간의질환, 만성신부전증 등 11개 질병군으로 대폭 확대되고, 만성질환관리료도 현행 650원에서 1,300원으로 100% 인상된다.

관한 기준과 시설에 대한 구체적인 규정이 마련되지 않은 상태에서 원격진료의 시행은 현실적으로 재정이나 의료분쟁, 환자정보의 유출 등의 문제를 야기할 것으로 예상되는 바, 이에 대한 구체적인 법안을 마련하는 것이 우선 해결해야 할 과제로 남아 있다.

라. 학문과 예술의 자유

헌법 제 22조 1항은 '모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다'라고 하여 학문과 예술의 자유를 보장하고 있다. 학문의 자유라 함은 학문적 활동에 관하여 공권력의 간섭이나 방해를 받지 아니하는 자유를 말한다. 학문이 자유는 주관적으로는 개인의 소극적 방어권을 의미하지만, 객관적으로는 학문 활동을 자율적 생활영역으로서 보호하고 헌법이 지향하는 문화국가로서 학문을 보호하고 장려해야 한다는 제도적 보장을 의미한다. 건강보험법 제40조 제1항 위헌확인 소송[148]에서 청구인은 학문의 자유를 침해하고 있음을 주장하고 있다. 즉 국민건강보험법이 규정하고 있는 '당연요양기관제'는 규격화된 의료행위 만을 시술하게 함으로써 생명을 위한 과학의 발전에 기여함을 저해하고 있다고 주장하였다. 병합 심리된 99헌바76 위헌확인 소송[149]에서 청구인은 직업선택의 자유와 평등권을 침해하였다고 위헌확인 소송을 제기하였으나, 청구 내용상으로는 학문의 자유를 침해하는 사유

148) 헌재결 2002.10.31, [99 헌바 76], [2000 헌마 505](병합)

149) 헌재결 2002.10.31, [99 헌바76] 위헌확인 소송에서 청구인은 대장항문과 전문의로서 미국 등지에서 대장항문 질병에 관하여 연구한 후 치질환자에 대해 신기술을 적용하여 수술하여 부작용을 현저히 줄였으나 시간이 많이 소요되는 관계로 하루에 수술할 수 있는 환자수가 한정되어 있어 요양기관당연지정제로 결정된 보험수가만을 받을 경우 운영이 어려워 폐업을 하거나 또는 신기술을 포기하고 종래의 낡은 진료방법을 선택하도록 강요하는 것과 다름없음을 주장하며 국민의 직업선택의 자유를 침해하고 있다고 위헌소송을 제기하였다. 그러나 요양기관 강제지정제가 규율하고자 하는 국민의 생활영역은 의료인의 직업활동일 뿐, 의료인의 학문연구나 학문활동의 내용이나 방식이 아니므로, 이 사건 조항은 헌법 제 22조의 학문의 자유를 제한하는 규정이 아니며, 설사 강제지정제가 결과적으로 일부 연구활동에 영향을 미칠 수 있다하여도 이는 극히 부수적이고 간접적일 뿐이다. 라고 판결함.

에도 해당 된다고 보여 진다. 우리나라의 모든 의료기관은 의료보험요양기관으로 당연지정 되어 국민건강보험법상의 통제를 받는다. 의료서비스 비용을 보험수가에 의해 통제 받을 뿐만 아니라 진료행위도 요양급여 기준에 의해 통제를 받는다. 의료법 제12조 (의료기술등에 대한 보호)제 1항을 보면 '의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 "의료행위"라 한다)에 대하여는 이 법 또는 다른 법령에 특히 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이에 간섭하지 못한다' 라고 규정하고 있어 의료행위 역시 의료법이나 국민건강보험법 상의 허용된 의료행위에 한하여 인정되고 있음을 알 수 있다. 그러나 비록 검증된 신의료기술이 의료보험 수가로 책정되는 과정이 있다하여도 심사과정과 책정된 보험료 등을 감안하면 실질적으로는 새로운 의료기술의 연구와 개발에 대한 동인을 배제하는 것과 다를 바 없다는 점에서 학문의 자유를 침해하고 있는 것으로 판단된다. 이는 의료공급에 관한 제도 자체가 수준 높은 고급의료 수요에 대한 욕구를 충족하여 주지 못하는 국가의료보험 체제의 한계를 보여주는 것이며, 환자의 외국 유출 현상 등 이 발생하는 요인이 되는 것으로 판단된다.

마. 공무 담임권

헌법 제25조는 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.'고 하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 공무담임에 관한 평등한 기회를 보장받을 수 있는 권리를 말한다. 공무담임권은 공직취임의 기회뿐만 아니라 공무원 신분의 유지까지 포함 한다[150]. 공무담임권에는 선출직과 비선출직 공무원 모두가 포함된다. 의료인과 관련된 공무담임권 규정은 보건소에 의료전문인력을 채용하도록 규정한 지역보건법이 있다. 지역보건법 제12조 제1항

150) 헌재 2002. 8. 29. [2001 헌마 788, 2002헌마173(병합)]

규정에 따르면 보건소에는 소장과 면허·자격 또는 전문지식을 가진 전문인력을 두어야 한다고 규정하고 있으며, 또한 동 법 시행령 제11조 제1항에서 보건소에 보건소장(보건의료원의 경우에는 원장) 1인을 두되, 보건소장은 의사의 면허를 가진 자중에서 시장·군수·구청장이 임용하며, 다만, 의사의 면허를 가진 자로써 보건소장을 충원하기 곤란한 경우에는 지방공무원 임용령에 의거 보건의무직군의 공무원을 보건소장으로 임용하도록 규정하고 있다. 이는 공중위생 업무를 비롯한 보건의료행정은 주민 건강 또는 생명과 직결되는 문제임 을 고려하여 보건・의료 부분의 전문인력을 확보하기 위한 정책이다. 그러나 최근 보건소장 임용과 관련하여 일부 보건소에서 의료인의 채용을 기피하는 사례가 있어 문제가 되고 있다[151]. 이는 지역적 편차로 인해 농촌지역의 경우 공고를 통해서 의사 출신 지원자를 모집할 수 없다는 점과 의사 출신 소장들의 이직률이 상당하여 지역 보건행정이 단절되는 경우가 발생하고 또한 의료에 대해서는 전문성을 가지지만 행정업무를 제대로 소화하기는 어렵다는 점 등을 이유로 의료인의 채용을 기피하는 경우가 늘어가고 있다. 위와 같은 문제는 지역보건법에서는 의사가 보건소장을 하도록 규정해 놓고, 하위법에서 예외조항을 둠으로써 상위법을 기피할 수 있는 근거를 만든 법률상의 문제점으로 시행령의 단서조항은 의료전문인력을 확보하려는 충분한 노력을 하지 않고도 쉽게 보건직 공무원을 보건소장으로 임용할 수 있는 근거로 악용되고 있다. 이 같은 문제점은 실제 보건소장직을 지원하는 의사가 있음에도 불구하고 보건직공무원을 임용하는 사례가 있어 지역보건법 시행령이 지닌 문제점과 함께 이를 시행하는 공무원의 행정편의적이고 집단이기주의적인 태도가 문제라고 판단된다. 공무담임권과 관련하여 의료전문인력의 배치가 절실히 필요한 곳은 보건의료 관련 법률의 입법과정이다. 보건의료 관련법의 제정은 국가의 보건의료정책을 형성한다는 점에서 매우 중요한 역할이라 할 수 있다. 국회보건복지위원회의 구성에 있어 보건의료 전문 인력은 각 정당의 독자적인 판단과 필요성에 의해 임

151) 대한의사협회, 의협신문, 2004.9.13; 2면

의적으로 배치되고 있으며, 때문에 보건의료 부문의 전문성이 결핍되는 경우가 발생할 수 있다. 입법과정에서의 전문성을 확보하고 현실과 괴리되지 않은 법률의 제정을 위해서는 각 정당별로 일정 인원의 보건의료전문인을 비례대표제에 의해 확보하도록 규정하여 이들로 하여금 국회보건복지위원회에서 활동하도록 하는 것이 보건의료 관련법의 제정과 검토에 있어 필요한 일이라 판단된다[152].

바. 재판을 받을 권리

재판을 받을 권리는 권리구제를 위한 기본권으로, 헌법 제 27조 제 1항은 '모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 지닌다' 고 규정하고 있다. 재판 청구권은 국민에게 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라는 재판원칙을 보장함으로써 기본적 인권을 보장하고 법적 정의를 실현하려는 것이다[153]. 형사사건에서 형사소송법상 기소편의주의에 입각해서 기소의 여부는 검사가 결정하지만, 검사가 자의적인 판단에 의하여 기소를 하지 않을 경우 재판을 받을 권리를 침해한다[154]. 즉 검사가 기소유예처분의 결정에 함에 있어서 피의자를 소환하여 증거제출과 증거설명의 기회를 부여하는 등 최소한도의 조사과정을 거쳐 결정해야 함에도 불구하고 막연히 피의사실이 인정되고 그 정도가 경미하다고 판단하여 기소유예 처분을 하는 경우 공정하고 성실한 수사를 받을 청구인의 기본권인 평등권이 침해되었을 뿐만 아니라 그 결과 헌법 제27조 제1항 법관에 의하여 재판을 받을 권리도 침해된 것이다[155]. 기소유예처분을 받은 피의자의 권리구제 방법으로 검사에 재기신청(再起申請)을 낸다든

152) "비례대표제는 직능대표를 국회에 진출하도록 하여 국회의 전문성을 강화할 수 있고, 정당정치를 활성화시키는 기능을 수행한다는 점에서 다수대표제를 보완한다.", 전광석. 한국헌법론 (법문사,2005), 416면
153) 권영성, 헌법학원론 (법문사, 2005) , 593면
154) 전광석, 한국헌법론(법문사, 2005), 340면
155) 헌재, 1992.06.26. [92 헌마 7]

지 또는 진정서를 제출하여 검사의 직권발동(職權發動)을 촉구하는 등의 절차는 기소유예처분에 대한 법률이 정한 직접적인 구제절차가 아니며, 항고나 재항고를 제기할 수 있는 법률 규정이 없고 또한 다른 법률에 정한 구제절차가 없으므로 직접 헌법소원심판을 청구할 수밖에 없다[156]. 의료법과 관련하여 검사의 기소유예 처분에 불복하여 헌법소원심판을 청구한 경우는 의료법 제21조 제1항[157]의 간호기록의무 위반으로 기소유예 처분을 받은 것에 대하여 헌법소원심판을 청구한 사건으로 청구인들은 환자에 대한 주사조치를 간호일지 및 간호차트에 상세히 기록했으므로 의료법상의 기록의무를 위반하지 않았음에도 위와 같은 투약사실을 단지 '투약 및 처치기록부(Medication & Treatment)'에 기록하지 않았다는 이유로 기소유예처분을 한 것은 청구인들에게 보장된 평등권을 침해한 것임을 주장하여 기소유예처분 취소 판결을 받은 바 있다. 특히 의료행위와 관련된 기소유예 처분은 자체가 형법상 과실을 인정하는 결정이므로 의료사고와 연관되어 피해자가 피해보상을 요구하는 민사소송을 제기 했을 경우 의료인의 과실이 인정되는 불리한 근거로 작용할 수 있다는 점에서 그 중요성이 강조된다.

3. 의료인의 기본권 제한

(1) 기본권보장의 상대성

기본권 보장의 궁극적 목적은 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는데 있다. 우리 헌법에서는 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하기 위하여 필요한 수단으로서의 개별적 기본권들을 규정하고 있을 뿐만 아니라 헌법 제37조 제1항에서 '국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.'

156) 헌재, 1992.10.01. [91 헌마 169]
157) 의료법 제21조(진료기록부 등) ①의료인은 각각의료기록부·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.

라고 하여 명문화되지 아니한 자유와 권리일지라도 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하는데 불가결한 것이라면 헌법상 보장됨을 규정하고 있다. 그러나 이러한 기본권은 절대적으로 보장되는 것은 아니다. 즉 상대적으로 보장되는 것이다. 기본권을 제한하는 경우는, 기본권은 국가를 상대로 하는 권리이며, 따라서 국가의 기능을 저해하는 범위까지 기본권을 보장할 수는 없다. 특히 현대에 와서는 사회경제적 영역에서 국가의 역할이 증대하면서 사회경제 영역에서의 기본권을 제한할 필요성이 증가 하였다. 또한 국가적 공동생활에서 타인의 생활영역에 대한 존중은 자신의 생활영역이 존중받기 위한 전제가 된다.[158] 기본권이 불가침이라는 것도 타인에게 해악을 끼치지 않는 범위 내에서만 보장되는 것이다. 이렇듯 기본권 자체에 내재하는 암묵적 제약성, 또는 내재적 한계성에 의해 기본권은 제한된다. 헌법재판소의 판례에 의하면 '기본권도 국가적 · 사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리 · 공중도덕 · 사회윤리 · 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것이 아니다'라고 판시하여 기본권의 한계를 정의하고 있다.[159]

(2) 기본권제한의 목적

기본권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한될 수 있다. 국가의 안전보장이란 "국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립·영토의 보전·헌법과 법률의 기능·헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등"을 의미한다.[160]또한 질서는 자유민주적 기본질서를 포함하는 헌법적 질서는 물론이고 그 밖의 사회적 안녕질서를 의미한다.[161] 공공복리라는 개념은 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익 또는 국

158) 전광석, 전게서 174면
159) 헌재결, 1990.9.10 [89 헌마 82]
160) 헌재결, 1992.2.25 [89 헌가 104]

민공동의 이익으로 해석함이 타당하다. 예를 들면 국민의 건강증진이라든가 사회·경제 영역의 안정·발전·편의 등을 의미한다. 기본권과 공공복리에 대하여 (ㄱ) 양자의 비중을 동일시하는 입장 (ㄴ) 공공복리가 우선이라는 입장 (ㄷ) 기본권 보장이 절대개념이라는 입장이 있다. 어느 것에 중점을 두는 가는 개인주의적 가치관과 단체주의적 가치관 중 어느 쪽에 서는가에 따라 달라진다.[162]

(3) 기본권 제한 형식

기본권을 제한하는 방식으로는 헌법에 의해 직접 제한하는 헌법유보와 헌법이 직접 규정하지 않고 그 제한을 법률에 위임하는 경우인 법률유보 방식이 있다. 법률유보는 기본권을 보장하는 규정 자체에서 제한하는 경우와 헌법 제37조 제2항에 의해 제한하는 경우가 있다. 그 밖에 대통령의 긴급재정경제명령, 긴급명령 등도 기본권 제한의 근거가 될 수 있으며, 대통령이 비상계엄을 선포한 경우에는 법률에 의하지 않고 기본권을 제한할 수 있다. 기본권은 행정입법을 직접적인 근거로 제한될 수 있으며, 이러한 형태의 제한이 일반적이다. 그러나 이때의 행정입법은 법률에 근거가 있어야 한다.

(4) 기본권 제한의 방법과 정도

기본권 제한하는 경우 국가권력은 개인의 신뢰를 침해하지 않는 방법으로 필요한 범위와 경우에 한하여 제한하여야 한다. 즉 신뢰보호의 원칙과 과잉금지의 원칙을 존중하여야 한다. 신뢰보호를 위한 기본적인 전제조건은 그 내용을 예측할 수 있도록 해당 조문이 구체적이고 명확해야 한다는 것이다. 그렇지 않을 경우 이

161) 권영성, 전게서 349면
162) 권영성,헌법학원론 (법문사, 2005), 350면 주석2)

를 집행하는 국가권력의 자의적인 판단의 여지가 넓어진다는 문제가 있다.[163]

신뢰보호의 원칙에 어긋나는 의료법상의 조항을 살펴보면, 의료법 제16조에서 '의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다.'하여 정당한 이유 없는 진료거부를 금지하고 있다. 그러나 진료거부의 정당한 이유에 대한 별도의 규정이 없어 전적으로 행정권자의 자의적인 판단에 위임하고 있다. 이는 의료인이 진료거부를 할 수 있는 경우를 예측할 수 없도록 하는 추상적인 조문으로 신뢰보호의 원칙에 위배된다.

또한 의료법 제53조 제1항을 보면, 제1호에 '의료인으로서 심히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때' 자격정지 처분을 규정하고 있다. 품위를 손상시키는 행위에 대해서는 대통령령[164]으로 별도 규정하고 있는 바, 의료법시행령 제21조 제1항에 규정되어 있는 품위를 손상시키는 행위란 '학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위', '비도덕적 진료행위', '불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 등으로 규정하고 있다. '학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위'는 의료법제53조 제1항에 '의료기술상의 판단을 요하는 사항에 관하여는 관계전문가의 의견을 들어 결정할 수 있다.'고 명시하여 해당 행위의 처분에 의학적 전문성이 개입되어 객관적인 판단의 기준으로 작용할 수 있다. 그러나 '비도덕적 진료행위'나 '과잉진료행위나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 의 대한 규정은 이에 대한 판단의 기준을 전적으로 행정권자의 재량

---

163) 전광석, 한국헌법론 (법문사,2005), 180면

164) 의료법시행령 제21조 (의료인의 품위손상행위의 범위) ①법 제53조제2항의 규정에 의한 의료인의 품위손상행위의 범위는 다음 각호와 같다. 1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산업무 및 간호업무를 포함한다. 이하 같다) 2. 비도덕적 진료행위 3. 허위 또는 과대의 광고행위 4. 불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위 5. 전공의의 선발등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위 6. 영리를 목적으로 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 그가 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위 7. 영리를 목적으로 자신이 처방전을 교부한 환자를 특정약국에 유치하기 위하여 약국개설자 또는 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위
②특정한 행위가 제1항의 품위손상행위에 해당되느냐의 여부에 관하여 의심이 있을 때에는 중앙의료심사조정위원회에서 심의 결정하는 바에 의한다.

에 위임하고 있다고 볼 수 있다. 이와 같이 개념과 내용이 명확하지 않고 구분되지 않는 규정을 행정처분의 근거로 하고 있어 이에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

또한 의료법 제48조는 제1항에서 '보건의료시책 상 필요하다고 인정될 때, 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때 의료기관 또는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령'을 할 수 있음을 규정하고 있어 지도와 명령을 하는 근거와 사유가 추상적이고 명확하지가 않다. 제2조에서는 '의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관의 개설자가 집단으로 휴업 또는 폐업하여 환자진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때' 의료기관의 개설자에게 업무개시명령을 할 수 있다. 라고 규정하여 기본권을 제한함에 있어 신뢰보호의 원칙에 반하여 행정명령을 행정권자의 판단에 위임하고 있다.

과잉금지의 원칙은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 그 내용으로 하며 어느 하나에 라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다. 최소침해의 원칙은 입법목적을 달성하려는 수단이 여러 가지가 있을 경우 기본권을 가장 적게 제한하면서 목적을 달성할 수 있는 수단을 선택해야 함을 의미한다. 법익의 균형성은 개인의 법적지위를 제한하는 조치를 통해 달성하려는 공익과 침해되는 개인의 사익을 비교형량하여 공익이 크거나 최소한 균형관계에 있어야 함을 말한다.[165]

의료인의 결격사유 규정은 대부분 의료행위와 관련한 의무위반을 대상으로 하고 있으나, 형법 제347조(허위 진료비 청구)의 위반 행위는 직접적인 의무행위가 아닌 부수적인 의무위반 사항이다. 허위진료비의 청구는 형법상 사기죄에 해당한다. 따라서 허위로 진료비를 청구한 행위가 명백할 때는 해당행위에 따른 형벌을

165) 전광석, 한국헌법론 (법문사,2005), 180면;헌재결,1990.9.3,[89 헌가 95];1991.9.16 [89 헌마 165]

받게 된다. 그러나 허위청구의 개념과 내용이 명확치 않은 문제점이 있다. 즉 허위청구와 이중청구 부당청구의 경계가 모호하다는 점에서 '형법상 명확성 원칙'에 위반될 가능성이 있으며,[166] 허위청구와 부당청구의 개념이 명확히 구분되지 않는 상황에서 부당청구가 의료인의 결격사유로 까지 이어질 경우 이는 의료인의 진료권 등 권리의 과잉제한이 되어 위헌 규정이 될 소지가 높다고 할 수 있다.[167][168] 의료행위와 관련 없는 부수적인 의무위반 행위를 의료행위를 허가해준 면허의 취소사유로 정하고 의료인의 법적지위에 제재를 가하는 것에 대하여 형벌권의 남용이며, 다른 행정법적 규정체계에 비추어 이 정도의 의무위반의 경우 과태료의 대상으로 하는 것이 타당하다는 견해[169]와 결격사유가 아니라 면허자격 정지 사유로 보는 것이 타당하다는 견해[170] 등이 있다.

또한 허위청구로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되었을 경우 의료법 제51조에 의한 의료기관 개설허가의 취소와 동법 제 52조에 의한 면

---

166) 이상돈, "의료법개정안 -의료체계의 기능화인가 의료생활세계의 초토화인가?", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25, 9면

167) 강경근, "헌법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25, 7면

168) 의협신문, 2003.12.22, 부당청구 이유 검찰 고발 의사 무혐의 처분; 건강보험 진료비를 부당청구 한 혐의로 검찰에 사기죄로 고발된 전북 익산의 L피부과의원이 지난 9월 검찰로부터 무혐의 처분을 받았다. 사기죄로 고발됐다가 무혐의 처분을 받은 경우는 처음 있는 일로 부당청구금액이 많다는 이유로 사기죄를 적용시키는 것은 부당하다는 것이 증명돼 앞으로 논란이 될 것으로 보인다. 복지부가 사기죄로 검찰에 형사고발한 L피부과의원은 지난 2002년 6월과 7월 기획실사 과정에서 부당 및 허위청구 금액이 많고, 고의성이 짙다는 혐의를 받았다. 또한 보험급여 대상이 아닌 여드름 등을 진료하고 보험급여가 가능한 상병으로 일률 청구하고, 응괴성여드름 상병에 여드름을 짜는 등의 기본처치를 하고 1만원씩 본인부담금을 과다징수 했다는 것이 고발의 주된 이유다. 그러나 전주지방검찰청 군산지청은 "보험급여 대상이 되는 여드름 상태 경중은 의사가 환자의 상태나 특이체질 등 여러 가지 상황을 고려해 판단할 수 있는 것으로 L피부과의원 원장이 고의로 건강보험공단을 속여 부당금액을 편취했다고 보기 어렵다"고 판단했다. 이와 관련 법조계에서도 "부당청구 금액이 많다는 이유로 사기죄를 적용시키는 것은 잘못"이라며, "의료행위가 급여인지, 비급여인지를 판단하는 여부는 의사들의 의학적 판단에 맡겨야 한다"는 입장을 보이고 있다.

169) 유지태, "행정법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25

170) 강경근, "헌법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25, 6면

허취소 사유로 동시에 규정하고 있다. 이는 하나의 행위에 대해 제재 목적이 유사하다고 볼 수 있는 개설허가 취소와 면허취소 사유로 규정하여 실질적으로 동일한 행위를 이유로 두 번이나 처벌하는 문제가 발생한다.[171]허위청구 또는 부당청구 등은 의료기관 영업에 관한 문제로 의료기관 개설에 관련된 처분에 한정함이 타당하다고 판단된다.

(5) 기본권 제한의 한계

기본권을 제한할 경우 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다. 본질적 내용을 침해하지 않아야 함은 그 침해로 말미암아 기본권이 지니고 있는 자유나 권리가 유명무실 한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 의미한다. 이는 과잉금지의 원칙과는 다른 의미를 갖고 있다. 즉 헌법상 보장된 기본권이 의미를 상실하는 정도의 상태를 기본권의 본질적인 내용이 침해되는 것으로 판단하게 된다.[172]

4. 국민보건의료에 관한 국가의 의무

(1) 보건의료공급에 대한 헌법적 근거

가. 국민의 보건에 관한 권리

헌법이 명시적인 규정을 통해 '보건에 관한 권리'를 보장하고 있는 것은 우리헌법이 추구하는 핵심적인 가치인 '인간의 존엄과 가치'를 실현함에 있어서 불가결한 전제조건이 되기 때문이다. 헌법 제 36조 3항에 '모든 국민은 보건에 관하여

171) 유지태, "행정법적 관점에서 바라 본 의료법개정안", 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001.5.25
172) 전광석, 전게서, 189면

국가의 보호를 받는다' 하여 국가에 의한 국민의 건강생활의 침해금지를 요구할 수 있을 뿐만 아니라 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리라 규정하고 있다.[173] 따라서 국가는 국민의 건강생활을 침해해서는 안 된다는 소극적인 의미뿐만 아니라 적극적으로 국민보건을 위하여 정책을 수립하고 시행할 의무를 지게 된다. 보건에 관한 권리는 국가권력에 의한 국민의 건강생활의 침해금지를 우선적인 내용으로 하는 자유권적 기본권의 성격을 지닐 뿐만 아니라 국가가 건강하고 위생적인 생활환경을 조성함으로써 모든 국민이 질병으로부터 벗어나 개성을 신장시키며 행복을 추구할 수 있도록 적극적인 보건정책을 펴나갈 의무를 수반한 국민의 권리이며 ,국가의 적극적인 배려를 요구할 수 있다는 점에서 사회권적 성격을 지닌다.[174]

헌법 제36조 제3항의 국민의 보건에 관한 권리를 실현시키기 위해서는 이를 법률유보에 의해 구체적이고 현실화 할 수 있는 법률이 필요하다. 헌법이 국가의 통치질서와 가치질서의 기본원칙에 관한 최고위의 규범적 표현이라면 이를 구체화 한 것이 행정법이다.[175] 따라서 행정법규의 해석이나 법적용에서는 헌법이념이 주요한 기준으로 작용하게 된다.[176] 다른 기본권 규정과 마찬가지로 보건권 역시 입법권자에 의해 개별법으로 구체화 되고 현실화 된다. 헌법에서 명시한 보건에 관한 권리는 보건의료법률에 의해 구체화 된다.

나. 무면허 의료행위의 금지

보건의료에 관한 직업 면허는 의료행위가 국민의 건강과 생명에 위해를 끼칠 위험이 있으므로 법률에 의해 의료행위를 전면적으로 금지시키고 일정한 자격요

173) 헌재 1998.7.16 [96 헌마 246]
174) 한국의료법학회, 보건의료법학 (동림사, 2002) 34~35면
175) 홍정선,행정법원론(上) (박영사, 204) 37-38면
176) 유지태, 행정법신론 (신영사, 2004) 12면

건을 갖춘 자에게만 의료기관 개설 및 의료행위를 할 수 있도록 허용함을 말한다. 이는 헌법 제37조 제2항[177]에 근거하여, 사회질서 및 공공의 이익을 위해 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 누구나 무분별하게 의료행위를 하였을 경우 발생할 수 있는 위험과 사회질서 체계의 혼란을 방지하기 위함이다. 의료행위에 대한 헌법재판소의 판례를 보면, “의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것”이라는 점과 “단순한 의료기술 이상의 인체 전반에 관한 이론적 뒷받침"과 "인간의 신체 및 생명에 대한 외경심"을 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 함을 규정함으로써 의료인의 자격에 대한 요건을 명시하고 있으며, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 치료결과에 관계없이 처벌하도록 하여 사람의 생명, 신체나 공중위생을 위해하는 의료행위를 사전에 차단하자는 것으로 이는 직업선택의 자유에 관한 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다고 판시하고 있다. 또한 무면허 의료행위의 금지는 결국 헌법 제10조가 규정하는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 헌법 제36조 제3항[178]이 규정하는 국민보건에 관한 국가의 보호 의무를 다하고자 하는 것으로서, 국민의 생명권, 건강권, 보건권 및 그 신체활동의 자유 등을 보장하는 규정이지, 이를 제한하거나 침해하는 규정이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.[179] 무면허 의료행위의 유형을 살펴보면, ‘의료인이 아닌 자의 의료행위’ 와 ‘의료인의 면허된 이외의 행위’로 구분 할 수 있다. 의료인이 아닌 자의 의료행위는 치료결과에 관계없이 사회질서의 유지와 공공의 복리를 위하여 금지되고 있으므로 직업선택의 자유를 제한함에 있어 논란의 여지가 없으나, 의료인의 면허된 이외의 행위에 대해서는 면허 종별에 의한 의료행위의 불법성 문제를 두고 현재에도 논란이 되고 있다. 최근 한방병원에서의 CT촬영기기의 사용을 두고 허가된

177) 헌법 제37조 ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.
178) 헌법 제36조 ③모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.
179) 헌재결, 1996.10.31. [94 헌가 7]

면허 이외의 의료행위로 불법성 논란이 되고 있는 사건[180]과 의료계와 한의계가 자동차보험 수가 인정여부를 놓고 논란을 벌이고 있는 IMS 시술[181]의 의료행위로서의 적합성 여부의 문제도 허가된 면허의 종류에 따른 분쟁이다. 또 다른 문제는 의학의 발달로 새로운 치료법이나 수술기법 등이 개발되었을 경우 법률규정과 판례태도의 변경이 현실적으로 늦게 뒤따름으로서[182] 적합한 의료행위로서 가능성이 충분함에도 불구하고 허가된 면허범위 이외의 의료행위로서 허용되지 않고 처벌되는 문제이다.[183] 이러한 문제는 모든 의료행위가 국민건강보험법의 범위 안에서만 허용되는 우리나라 의료공급체계의 문제[184]에서 비롯한다고 판단되며, 이는 의료인의 직업행사의 자유 및 학문의 자유를 침해하는 것으로 판단된다.

(2) 의료법의 제정

우리나라의 보건의료법규체계를 체계적으로 정리해 보면 의료체계에 관한 법률, 국가의 공공보건 의료행정, 특정인구집단의 건강관리, 관리대상 질병관리, 보건의료의 재원 조달에 관한 법률로 구분할 수 있다.[185]이중 의료법은 의료체계의

---

180) 서울행정법원, 2004구합10715 업무정지처분취소 ; 한방병원의 CT촬영기기 사용에 대한 행정처분 취소 소송

181) 의협신문, 2005.5.23 1면 , "IMS는 명백한 의료행위" 'IMS 치료법은 의학적 근거가 있는 분명한 의료행위이자 침술과는 원리가 완전히 다른 치료행위이다' 대한의사협회는 IMS는 미국 워싱턴의대 쿤 교수가 창시한 의술로 해부학·생리학에 기초한 통증이론 이며, '신경손…

182) 의협신문, 2005.5.19 8면; 신의료기술(행위)가 현실화되기까지 일차적으로 건강보험 수가로 인정해 달라고 신청(결정신청)을 하면 150일 이내에 급여(급여·비급여·100/100) 여부를 결정해야 하나 기한내 처리율은 14. 6%에 불과한 것으로 나타났다..중략..신의료행위를 급여화 할 것인지 심사를 하는데 걸리는 시간이 150일 임에도 불구하고 150일 기간 이내에 처리를 하는 비율은 2003년 21. 43%, 2004년 14. 6%로 상당히 저조한 것으로 드러났다.

183) 이인영, “무면허 의료행위에 관한 일 고찰”, 한국의료법학회지 제6권 1999년 제1호, 한국의료법학회, 179면

184) 박형욱, “한국의료법체계의 성격과 역사적 변천” ,연세대학교 대학원 보건학과 박사논문, 2000년, 147-150 면

185) 한국의료법학회, 보건의료법학(동림사, 2002), 47면

관리를 위한 법률로서, 의료에 관한 보편적인 사항을 규정하는 모법으로서의 의미를 가지고 있다.[186]

보건의료법규의 변천 과정을 시기적으로 나누어 살펴보면 ㈀ 보건의료법체계 형성기, ㈁ 양적팽창기 ㈂ 사회보장입법 제·개정 작업 주력기 ㈃ 보건의료관리체계 재정비 및 발전모색기 등으로 구분하여볼 수 있으며[187] 각 시기별로 의료법 관련 법규의 주요한 변화를 살펴보면, 보건의료법체계 형성기는 국민의료법이 제정되고 국가보건망을 구축하기 위한 보건소법, 전염병예방법 등 보건의료체계의 근간이 되는 법률을 제정한 시기였으며, 양적팽창기는 제3,4공화국이 수립된 시기로 시대적 경향으로 의료인과 의료기관의 자유와 기본권을 제한하고 행정편의적인 발상에 근거한 작위적인 조치들이 허용되고 의료기관을 행정행위의 대상으로 취급하였던 시기였다. 이 시기에 의료보험법과 의료보호법의 기초 작업과 함께 의료보험을 강제적으로 시작되었으며, 사적자치의 원칙을 무시하고 요양기관 강제지정제를 도입하게 된 시기였다. 사회보장입법 제·개정 작업 주력기는 제5공화국이 출범한 이후의 시기로 이 시기 역시 정권의 민주적 정당성이 결여된 시기였다. 1981년에 개정된 의료법에는 의료인의 보수교육을 의무화하였고, 1986년에 개정된 의료법에서는 한지의료인에 대한 면허부여와 1987년 성감별행위를 금지하는 의료법 개정이 이루어졌다. 또한 이 시기에 전 국민 의료보험이 시행되었다. 발전모색기는 그 동안의 발전주의 이데올르기와 더불어 보건의료복지 정책의 급격한 실현을 위한 과도한 규제와 의료기관의 자율성을 저해하는 법률에 대한 비판이 제기되면서 정부의 각종 규제와 절차를 개혁하기 위한 노력이 시도된 시기이다.[188] 의료법은 1951.9.25 국민의료법이 제정되어 1962년 의료법으로 명칭이 변경되어 현재에 이르고 있다. 본 논문의 제2장에서 문제 제기한 조항들의 변천과

186) 한국의료법학회, 전게서, 214면
187) 현재 일반적인 시대구분은 없으며, 적용할 수 있는 구분기준도 찾기 어려운 실정이므로 다른 법제사에서 제시하고 있는 시대별 구분기준을 참고하여 구분하였다; 한국의료법학회, 전게서 47면
188) 한국의료법학회, 전게서, 48-60면

정을 보면, 의료법 제16조 진료거부 금지 조항은 제정의료법에서 '의료업자는 진찰 또는 치료의 요구가 있을 때에는 정당한 이유 없이 거절하지 못한다.'고 규정하고 있었으나 1962년 진료거부 금지의 요건이 '구급진료와 조산의 요구'로 변경되었다가 다시 1973년 현재와 같이 변경되었다. 1987년 의료법 제19조 2 '태아의 성감별행위 등의 금지'조항이 신설되어 현재에 이르고 있다. 의료법 제46조 과대광고 등의 금지는 제정의료법에서부터 규정되었으며, 의료법 제47조 '학술목적 이외의 의료광고 금지'조항은 1973년 신설되었다. 무면허 의료행위의 금지에 대한 조항은 제정의료법에서부터 규정하고 있었으며, 1973년 현재와 같은 형태로 개정되었다. 의료인의 자격과 관련하여 자격관련 결격사유에 대한 조항은 제정의료법에서는 '의료관계법령을 위반하여 금고 이상의 형을 받았을 때'로 규정하였으나 1973년 비상국무회의에서 '의료관계법령' 이라는 단서를 삭제하여 처벌을 강화하였다. 1987년에는 '이법 또는 국가보안법・형법・농특법 등 보건의료법령'으로 개정 범위가 축소되었다가 1994년 형법의 범위가 형법 제233조, 269조, 270조, 317조 등 의료관련 형법조항으로 축소되었다. 의료기관 개설과 관련하여서는 1975년 의료기관 개설자에 대한 규정을 명시하고 1994년 의료인당 1개소의 의료기관 만을 개설할 수 있도록 규제를 강화하였다. 의료법 제48조 지도와 명령 조항은 제정의료법에서는 '주무부장관은 의료업자에 대하여 의료보건시책상 필요한 지도 또는 명령을 할 수 있다.'라고 규정하고 있었으나, 1962년 '국민보건에 중대한 위해가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정할 때에는'이라는 조건이 추가되었다. 1994년 지도명령의 주체가 도지사・시장・군수・구청장에까지 확대되었으며, 의료기관의 집단 휴업시 업무개시명령을 할 수 있는 조항이 신설되었다.[189)]

189) 박형욱, "한국의료법체계의 성격과 역사적 변천" ,연세대학교 대학원 보건학과 박사논문, 2000년, 106-116 면

제 4 장 결 론

1. 연구결과로부터의 고찰

본 논문을 서술하며 헌법에 규정되어 있는 기본권이 행정법인 의료법에 합리적으로 구현되어 있는지 검토해 보았다. 본 연구의 제2장에서는 의료법상의 규제를 의료인의 자격에 관한 규제, 의료행위에 대한 규제, 의료기관 개설과 영업에 관한 규제로 분류하여 각 부분에서의 문제점을 고찰하였으며, 제3장에서는 헌법상의 기본권을 중심으로 제2장에서 문제 제기한 조항에 대한 합리성 여부를 고찰하였다. 문제 제기한 결과를 각 부분별로 정리하면 다음과 같다.

(1) 의료인의 자격에 관한 규제 조항

의료인의 자격과 관련하여 의료법 제8조 의료인의 결격사유와 의료법 제52조 면허취소의 사유, 의료법 제53조 자격정지의 사유를 규정한 조항의 문제점을 살펴보았다. 의료인으로서 결격사유는 의료인의 헌법상 지위를 기준으로 하여야 할 것이며, 민간의료인은 물론 다른 업종의 자영인과는 다르지만 국가공무원과 동일한 지위에 있다고 볼 수는 없으므로[190] 국가공무원의 자격에 준하는 결격사유를 요구할 수는 없다. 의료인의 결격사유는 의료인의 직업적 특수성, 법적지위, 요구되는 윤리관 등이 고려되어야 할 것이며, 업무상의 위반과 죄뿐만 아니라 일반 범죄행위도 의료인에게 요구되는 윤리성의 범주를 벗어나는지를 판단하여 의료인의 신뢰성에 대한 판단 기준을 설정해야 할 것으로 판단된다.

의료법 제52조 의료인의 면허취소 사유는 의료인의 결격사유를 근거로 하는

190) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권 제1호(2001), 304면

행정처분으로, 의료인의 결격사유 규정은 대부분 의료행위와 관련한 의무위반을 대상으로 하고 있으나, 제347조(허위 진료비 청구)는 직접적인 의무행위가 아닌 부수적인 의무위반 사항을 면허취소의 사유로 규정하고 있다. 이에 대하여 형벌권의 남용이며, 다른 행정법적 규정체계에 비추어 이 정도의 의무위반의 경우 과태료의 대상으로 하는 것이 타당하다는 견해와 결격사유가 아니라 면허자격 정지 사유로 보는 것이 타당하다는 견해 등이 있다. 또한 이 조항은 허위청구의 개념이 명확하지 않다는 점, 진료권에 대한 과잉제한의 문제점이 있으며, 동일한 행위를 이중처벌 한다는 문제점이 있다.

의료법 제53조 자격정지의 사유를 규정한 조항 중 제1항 제1호는 '의료인으로서 심히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때'로 규정하고 있다. 품위를 손상시키는 행위에 대해서는 구체적으로 '학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위', '비도덕적 진료행위', '불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 등으로 규정[191]하고 있다. 그러나 '비도덕적 진료행위', '과잉진료행위나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위' 등은 개념과 내용이 명확하지 않으며, 판단기준을 행정권자의 재량에 전적으로 위임하고 있어 신뢰보호의 원칙을 위배하고 있어 해당조문의 개정이 요구된다.

(2) 의료행위에 대한 규제 조항

의료행위에 대한 규제를 보면, 의료법 제16조 진료거부금지 조항은 의료인과 환자간의 사법상 법률관계[192]의 성질을 무시하는 규제로 적절한 보상체계가 마련되지 않은 상태에서 진료비의 체납으로 인한 진료거부를 진료거부 금지 의무위반의 이유로 볼 수는 없다고 판단된다. 환자가 신뢰할 수 없는 행동[193]을 하여 불이

191) 의료법시행령 제21조 (의료인의 품위손상행위의 범위)
192) 전광석, "국민건강보험의 법률관계", 의료법학 제2권제1호(2001),313면
193) 예를 들어 환자가 의료인에게 욕설을 한다던지, 본인부담금을 상습적으로 체불한다던

익이 예상된다거나, 위급한 상황이 아니어서 타 의료기관을 이용할 수 있는 경우 의료인으로서는 당연 진료를 거부할 수 있어야 한다. 환자의 상태가 위급한 경우에는 응급의료에 관한 법률에 따라 필요한 진료를 받을 수 있으므로 진료거부의 금지라는 법적의무 규정은 응급의료에 관한 법률에서 규정하고 있는 것으로 충분하다고 판단되며, 응급의료에 관한 법률 외에 의료법에서 진료거부 금지를 법적의무로 강제하는 것은 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생하는 계약의 자유, 헌법 제119조 제 1항의 개인의 경제상의 자유를 침해하는 조항이라 판단된다.

의료법 제19조2 태아성감별 금지 조항은 임부와 가족들의 알권리가 제한되고 성감별에 따른 낙태가 일반적인 관행은 아니므로 낙태를 이유로 성감별을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되며, 또한 실질적으로는 낙태에 대한 조항은 사문화 되었다고 볼 수 있고, 개개인의 능력과 여건에 따라 가족계획이 이루어지고 있는 시대적인 변화를 감안한다면 개선의 필요가 있다고 판단된다.

(3) 의료기관 개설과 영업에 관한 규제 조항

의료법 제30조 개설제한과 의료법 제46조 과대광고의 금지와 제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지, 의료법 제48조 업무개시명령 등 의료기관 개설과 영업에 관한 규제는 기본적으로 의료서비스는 정보의 비대칭성에서 비롯되는 시장결함적 특성을 행정상의 규제를 통해 국가가 개입하여 의료가 상업화 되는 것을 차단하고 의료의 직업적 윤리성과 공공성을 확보하자는 목적을 근거로 하고 있다. 이는 의료기관의 직업수행의 자유에 포함된 영업의 자유, 헌법 제119조 제1항에 규정되어 있는 경제상의 자유, 표현의 자유를 제한하는 조항이나, 개설제한과 의료광고에 대한 규제는 의료시장개방에 따라 의료서비스의 대외 경쟁력을 강화하고 산업으로 육성하기 위해 영리법인, 의료광고 등을 허용하기로 함에 따라 변화

지, 또는 불이익을 줄 목적으로 진료를 강요하는 경우 등을 들 수 있다.

가 예고되어 있으며, 의료기관의 영업에 대한 규제 또한 외부적·시대적 변화에 대하여 대응 할 수밖에 없을 것이라는 점에서 완화될 것으로 예상된다.

의료법 제48조는 지도와 명령을 하는 근거와 사유가 추상적이고 명확하지 않은 문제점이 있다. 즉 지도와 명령권자의 자의적인 판단을 규제의 기준으로 하고 있다는 점에서 위헌의 여지가 있으며, 개별사업자에 대하여 집단 휴·폐업 등의 집단행동을 금지하는 규정은 헌법에 근거하지 않고 의료인이라는 사회적 신분에 대하여 국가공무원에 대한 규제에 준하는 권리제한의 규정들이라고 할 수 있다. 이는 의료인의 헌법상의 평등권과 행복추구권에서 파생되는 일반적인 행동자유권, 헌법 제15조 직업수행의 자유, 헌법 제21조 결사의 자유의 구체적 내용인 단체활동의 자유, 헌법 제 119조 제 1항의 경제활동의 자유를 침해하는 조항으로 이에 대한 검토가 필요하다고 판단된다.

그 밖에 영리법인의 허용 문제와 원격진료에 관한 허용 문제는 의료법상의 해당 조문을 우선 정비하여야 하는 과제를 앉고 있다. 영리법인의 허용은 의료기관의 개설과 관련하여 의료법 제30조 제2항 '의료법인'과 '비영리법인'으로 제한되어 있는 개설제한의 범위에 영리법인이 포함될 것이며, 의료법인에 관련된 조항[194]의 변화가 예상된다. 특히 의료법 제46조, 47조에 명시된 의료광고에 대한 규제 등 의료기관 영업에 관한 규제가 완화될 것으로 예상된다. 이는 의료시장 개방 압력에 따라 국내 의료기관의 경쟁력 확보와 시장 대응을 위하여 불가피한 조치로 판단된다.

의료법 제30조2에서는 원격의료의 범위를 '의료기관간 또는 의료인간의 원격진료'로 제한하고 있어 현행법상 아직은 의사와 환자간의 원격진료가 이루어지지 않고 있다. 이는 아직 원격진료에 관한 기준과 시설에 대한 구체적인 규정이 마련되지 않은 상태에서 원격진료의 시행은 현실적으로 재정이나 의료분쟁, 환자정보

194) 의료법 제41조(설립허가), 42조(부대사업), 44조(민법의 준용), 45조(설립허가의 취소) 등은 의료법인에 관한 조항이다.

의 유출 등의 문제를 야기할 것으로 예상되는 바, 이에 대한 구체적인 법안을 마련하는 것이 우선 해결해야 할 과제로 남아 있다.

2. 연구결과로부터의 결론

1. 본 연구는 헌법상의 기본권을 근거로 하여 의료법의 규제조항들을 검토해 보고 문제점을 제시하고자 하는 목적을 갖고 진행되었다. 이러한 시도는 의료인의 사회적 신분은 일반 국민과 다를 바 없으나, 의료인의 직업수행에 있어 규제가 과도하고, 의료인으로서의 의무와 책임이 진료권에 비해 너무 무겁다는 인식이 의료인들에게는 존재하고 있어 의료정책에 대한 정부 불신의 원인이 되고 있으며, 의료인의 직업수행에 있어 갈등의 요인으로 작용하고 있다는 판단에서 비롯한다.

2. 우리나라의 의료체계가 모든 의료기관을 당연지정제에 의해 의료보험요양기관으로 공법체계에 편입시키고 진료행위와 영업에 있어 공법적인 규율로 통제하고 있다. 의료인은 사경제의 주체로서 기본권이 보장되어야 함에도 의료법은 공법체계의 규율로 의료인의 기본권을 제한하고 있는 것이다.

3. 의료법 제52조 면허취소의 사유를 규정한 조항과 의료법 제16조 진료거부금지 조항, 의료법 제48조 지도와 명령에 관한 조항 등은 건강보험재정의 보호와 의료인의 공적의무와 이행에 지나치게 집착하여 의료인의 기본권을 과도하게 제한 하는 규정으로 타 행정법과의 균형이 필요하다.

4. 의료법 제16조 진료거부의 금지, 의료법 제53조 자격정지의 사유, 의료법 제48조 지도와 명령에 관한 조항 등은 해당 조문이 추상적이고 행정권자의 자의

적인 판단을 규제의 기준으로 하고 있다는 점에서 세부적인 규정이 필요하다.

5. 의료법 제30조 개설제한과 의료법 제46조 과대광고의 금지와 제47조 학술목적 이외의 의료광고 금지, 의료법 제48조 업무개시명령 등 의료기관 개설과 영업에 관한 규제는 의료기관의 영업의 자유를 제한하는 조치로 의료가 상업화 되는 것을 차단하고 의료의 직업적 윤리성과 공공성을 확보하자는 목적을 근거로 하고 있으나, 국내 의료시장 개방과 의료 서비스산업 발전이라는 세계적 추세에 영리법인의 허용과 의료광고의 허용 등 변화를 예정하고 있다.

6. 의료법 제48조 업무개시명령은 의료인의 직업행사의 자유인 영업의 자유를 제한하는 규제 조항으로 이에 대한 개선이 요구된다고 하겠다.

7. 그 밖에 의료법 제19조2 태아의 성감별 행위 금지와 원격의료의 허용 등의 문제는 시대적인 변화에 따라 해당 조문의 재검토와 구체적인 법안 마련이 필요하다.

8. 의료시장의 개방에 대응하여 경쟁력을 확보하고 의료산업으로 육성하기 위해서는 규제를 현실에 맞춰 개정하고 의료인이 진료에 전념할 수 있는 환경을 조성하여 의료인이 국민의 건강과 생명을 지키기에 노력할 수 있도록 해야 한다.

참고 문헌

강경근, 헌법과 보건의료법, 연세대학교 보건대학원 의료와 법 고위자과정, 2001

강경근, “헌법적 관점에서 바라 본 의료법개정안”, 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001

권영성, 헌법학원론, (법문사, 2005)

김기경, “보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2002

남은우, “영국의 의료개혁 동향-영국식 사회주의의 산물인 NHS 는 왜 ? 그리고 어떻게 변화하고 있는가?-” 2003. 8. 30.

박민, “영리의료법인의 가능성”, 한국의료법학회 학술대회 연제집, 한국의료법학회, 2002

박윤형, “의사의 프로페셔널리즘과 영리법인”, 계간의료정책포럼(의료정책연구소, 2004년 가을호)

박형욱, “한국의료법체계의 성격과 역사적 변천”,연세대학교 대학원 보건학과 박사논문, 2000

유지태, “행정법적 관점에서 바라 본 의료법개정안”, 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001

유지태, 행정법신론, (신영사, 2004)

유호종・이경환, “우리법의 낙태 규정에 대한 윤리적 검토와 제안”, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 제9권 제2호, 2001

이상돈, “의료법개정안 -의료체계의 기능화인가 의료생활세계의 초토화인가?”, 한국의료법학회 학술세미나 연제집, 한국의료법학회, 2001

이승우, “국민건강보험법 제40조 제1항의 위헌성”, 한국의료법학회 학술대회 연제

집, 한국의료법학회, 2002

이인영, “무면허 의료행위에 관한 일 고찰”, 한국의료법학회지, 한국의료법학회, 제6권 제1호, 1999

전광석, 한국헌법론, (법문사, 2005)

전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권제1호, 2001

전광석, 한국사회보장법론[제5판], (법문사, 2003)

한은경, 정부의 의료광고 규제완화정책 이렇게 본다, 계간 의료정책포럼, 의료정책연구소, 제3권 2호, 2005

한형일, 의료광고규제 무엇이 문제인가, 계간 의료정책포럼, 의료정책연구소, 제1권 2호, 2003

홍성주, “자본과 영리에 대한 허수아비 공격- 의료기관의 영리법인 허용관련 논란 - ”, http://www.cfe.org/opinion/

홍정선, 행정법원론, (박영사, 2004)

한국의료법학회, 보건의료법학, (동림사, 2002)

Abstract

A Constitutional Consideration of Regulation by the Medical Service Act

Kim, Hong kwan
Department of Public Health Law & Ethics
Graduate School of Public Health
Yonsei University

(Directed by Prof. Kyung-Hwan, Lee, Ph.D)

The purpose of this dissertation is to consider whether the fundamental rights of medical persons is rationally realized in the Medical Service Act and present relevant issues through examination of the regulatory provisions concerning medical persons and medical institutions in the Medical Service Act based on the constitutional fundamental rights. In a situation in which all medical institutions are designated as medical care institutions and incorporated in the public law system, the contents of examination and treatment as well as the fundamental rights of medical persons are bound to be restricted. Furthermore, the fundamental rights of medical persons are often considered as values that can be restricted for the interests of the public and are easily infringed upon. Examining whether restriction of such fundamental rights is reasonable and rational, or whether there is excessive regulation of fundamental rights and subjects of private economy and finding problems thereof will be the precondition to solving the issue of conflict and mistrust between the government and the medical community when dealing with medical policies.

The second chapter of the dissertation classifies regulation by the Medical Service Act into the following categories and considers issues thereof: regulation of the qualification of medical persons; regulation of medical treatment; and regulation of the establishment and operation of medical institutions. Chapter 3 considers the rationality of provisions dealt with in Chapter 2 by focusing on the constitutional fundamental rights.

Issues can be raised with the following Articles of the Medical Service Act that regulate the qualification of medical persons: Article 8 (Causes for Disqualification); Article 52 (Cancellation of License); and Article 53 (Suspension of Qualification). Qualification as a medical person is granted to "a person who has theoretical background about the human body, has been systematically educated about reverence for the human body and life, and has undergone verification of the State;" this is regulated to maintain public order as well as to promote public welfare. Causes for disqualification as a medical person is an issue of determining one's suitability to execute one's duties as a medical person, and they must be prescribed with consideration of such things as the medical person's professional characteristics, legal status and the demanded ethical view.

One article that regulates medical treatment, Article 16 (Prohibition of Refusal to Give Medical Examination and Treatment) of the Medical Service Act, alters the legal relationship of medical persons and patients prescribed in private law. The author concludes that, in the absence of an appropriate compensation system, refusal to give medical examination and treatment on the grounds of delinquency in payment for such treatment cannot be viewed as a violation of the duty not to refuse to give medical examination and treatment. This Article infringes on the freedom to contract, derived from the right to pursue happiness as prescribed by Article 10 of the Constitution, and

the freedom of individuals in economic affairs, prescribed by Article 119 Paragraph 1 of the Constitution. Article 19-2 (Prohibition on Embryonic Sex Determination) of the Medical Service Act restricts the right to knowledge of the pregnant woman and family. In addition, abortion due to early sex determination is not a common custom, and provisions on abortion are essentially considered to have become dead letters. Therefore, this Article, which prohibits distinguishing the sex of an embryo, has lost its legislative purpose of preventing abortion by prohibiting sex determination. Furthermore, taking into consideration the changes in the times that have brought about family planning according to the ability and condition of individuals, prohibition of sex determination on the grounds of abortion violates the principle against excessive restriction. The author concludes that the existing law that prescribes the act of sex determination itself as a cause to cancel a license ought to be examined as a provision that infringes on the freedom of occupation.

Article 30 (Restriction of Establishment), Article 46 (Prohibition of Exaggerated Advertisement), Article 47 (Prohibition of Medical Advertisement for Non-Academic Purposes), and Article 48 (Order to Resume Services) of the Medical Service Act regulate the establishment and operation of medical institutions. These provisions are fundamentally based on the purpose of: a) preventing the commercialization of medicine by the State's intervention through executive regulation of the market defective characteristic of medical services that arise from the asymmetry of information; and b) securing occupational ethics and equity in medicine. These provisions limit the freedom of operation, which is included in the freedom to exercise one's occupation in medical institutions; freedom of individuals in economic affairs as prescribed by Article 119 Paragraph 1 of the Constitution; and the freedom of speech. However, regulations concerning restriction of establishment and medical

advertisement are expected to change, as the medical market is opening, and business corporations and medical advertisement are accordingly permitted to strengthen international competitiveness of medical services and develop it into a medical industry. Regulations concerning operation of medical institutions are also expected to be relaxed, as they are forced to confront the external changes and changes in the times. The basis and cause for guidance and order in Article 48 of the Medical Service Act is abstract and unclear. In other words, that its basis of regulation is the arbitrary judgment of the one who performs the action of guidance and order is open to question with regard to unconstitutionality. The provision that prohibits collective action of individual business persons, such as collective suspension or discontinuation of medical services, is not based on the Constitution, and in accordance with regulations of national public officials, restricts rights with regard to the social status of being a medical person. This infringes upon: the general right to freedom of action derived from the right of equality and the right to pursue happiness as prescribed in the Constitution; freedom of occupation as prescribed by Article 15 of the Constitution; freedom of collective action, which is the specific contents of the freedom of assembly and association of Article 21 of the Constitution; right of property in Article 23 of the Constitution; and freedom of individuals in economic affairs, prescribed in Article 119 Paragraph 1 of the Constitution. Accordingly, the author concludes that examination thereof is necessary.

Keywords: fundamental rights of medical persons; regulation by the Medical Service Act; restriction of fundamental rights