



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

博 士 學 位 論 文

保健에 관한 權利

- 保健權 概念의 融合的 分析 -

The right to health care

- A convergent analysis for health care right -

2010年 2月 23日

全州大學校 大學院

法 學 科

鄭 永 元

博 士 學 位 論 文

保健에 관한 權利

- 保健權 概念의 融合的 分析 -

指導教授 李 丙 勳

이 論文을 博士學位論文으로 提出함.

2010年 1月 12日

全州大學校 大學院

法 學 科

鄭 永 元

鄭永元의

法學 博士學位 請求論文을 認准함.

審 查 委 員

審査委員長 _____ ⑩

審 查 委 員 _____ ⑩

審 查 委 員 _____ ⑩

審 查 委 員 _____ ⑩

審 查 委 員 _____ ⑩

2010年 1月 12日

全州大學校 大學院

목 차

第1章 序論	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	4
第2章 보건에 관한 법적 개념	9
제1절 법규정상 보건의 의미	9
1. 序	9
2. 법규정에 보건이란 용어의 등장	11
3. 헌법상 보건의 의미	1
4. 보건소법 및 의료관련법에서 보건의 의미	21
5. 현행 법규정상 보건관련 용어	71
가. 보건의료의 의미	7
나. 의료의 의미	8
제2절 보건 관계인들이 생각하는 보건의 의미	102
1. 의과대학 교과서에 나타난 ‘보건’의 의미	102
2. 의과대학 교과서에 나타난 의료의 의미	112
3. 보건 관련 전문인들 간의 견해차이	132
제3절 기존 보건의 의미 분석과 개념 정리	132
1. 기존 보건관련 언어 사용의 분석과 개념	132
2. 보건관련 용어 定義를 위한 ‘생명’의 定義	152
3. 소통을 위한 ‘保健’ 및 관련 용어의 定義	163
가. 몇 가지 용어의 정의	163

나. 保健의 특성과 公共財로서의 성질	4
다. 保健의 外延과 分類가 주는 意味	4
4. 세계 각국의 保健에 관한 권리	34

第3章 保健권에 관한 헌법의 규정

제1절 序	47
1. 관계 당사자로서 국가와 사회	48
2. 관계를 규정하는 것으로서 행위와 질서	50
3. 관계의 원리로서 權利와 正義	53
4. 대한민국 헌법과 헌법의 基本權 條文과 理念	55
가. 대한민국 憲法條文과 理念	57
나. 대한민국 헌법에 드러난 基本權의 理念	58
다. 대한민국 헌법상 기본권 분류	60
5. 保健에 관한 권리의 이해를 위한 전제 조건	86
제2절 주관적 권리로서 保健에 관한 권리 구조	97
1. 保健에 관한 권리관계	97
가. 保健에 관한 권리의 정의	97
나. 保健에 관한 권리관계 분석	97
다. 保健에 관한 권리의 주체(권리자)와 수신인(의무자)	4·7
2. 保健에 관한 권리의 의사와 이익	87
가. 권리의 본질로서 이익	88
나. 권리의 본질로서 意思	88
다. 保健에 관한 권리의 이익과 의사	88
3. 保健의 특성과 保健에 관한 권리의 행위 형식	48

4. 보건에 관한 권리에 있어서 효력과 보장	58
가. 권리에 있어서 효력	8
나. 권리에서의 보장	8
다. 보건에 관한 권리에 있어서 효력과 보장	88
5. 주관적 권리로서 보건에 관한 권리관계의 종합	98
제3절 객관적 질서로서 보건에 관한 권리	49
1. 인권과 기본권 관계에서 보건에 관한 권리	69
2. 보건에 관한 권리의 형성과 보호	9
3. 보건에 관한 권리의 경합과 충돌	12
가. 기본권의 경합	103
나. 기본권 충돌	105
다. 보건에 관한 권리의 경합과 충돌 종합	16
4. 보건에 관한 기본권의 효력과 실현의 문제	8
5. 객관적 질서로서 보건에 관한 권리 종합	9

第4章 실정법상 보건에 관한 권리 Ⅲ

제1절 실정법상 보건에 관한 권리의 체계	Ⅱ
1. 법전의 편재 및 법령체계에 따른 보건법규 체계	3
가. 대한민국 헌법	114
나. 보건에 관한 법률	117
다. 보건에 관한 명령과 규칙	123
라. 지방자치단체의 조례	124
2. 보건에 관한 법령의 제정과 개정을 통한 이념 분석	2
가. 대한민국 헌법에서 보건에 관한 표현의 진화	8

나. 의료법규의 제정과 개정에서 이념의 변화	8
다. 養生(保健, 體育) 관련 법규의 변천	17
3. 보건에 관한 권리의 실정법 체계 종합	8
제2절 실정법규에 보장된 보건에 관한 내용의 권리 분석	8
1. 사회권(적극적 권리)으로서 보건에 관한 내용	9
가. 보건(의료)자원의 생산	8
나. 보건의 이용(급부)	13
다. 보건에 관한 권리의 보호 및 실효성	19
2. 社會權에 함축된 自由權으로서 保健에 관한 내용	11
가. 치료행위	142
나. 질병의 예방행위	143
다. 건강증진행위	150
3. 행복추구권의 바탕으로서 보건에 관한 내용	16
가. 생명형식의 진화	151
나. 보건산업 육성	152
다. 보건기술의 개발	153
제3절 보건권 등에 관한 판례 분석	13
1. 의료 “면허”에 관련된 법률사건	151
가. 문제 제기	154
나. 관련 判例 分析	156
다. 의료 면허에 관한 판례 종합	161
2. 보건을 직업으로 하는 직업 이익과 관련된 법률사건	15
가. 문제 제기	165
나. 관련 判例 分析	166

다. 보건을 내용으로 하는 직업 이익과 관련된 법률사건 판단 종합	177
3. 보건에 관한 권리의 주체와 객체에 관련된 법률사건	18
가. 보건에 관한 권리 당사자 문제	18
나. 관련 판례 분석	179
다. 보건에 관한 권리 주체관련 판례 종합	18
 第5章 결론	186
 參考文獻	197
영문초록	203

표 차 례

표 1. 보건의 정의 및 의료와 양생의 속성	73
표 2 용어가 지칭하는 대상들의 구별을 위한 의미 구분 및 사용 예시 문장	90
표 3 현행 법전 36편 보건·의사에 포함된 법률의 제정, 일부개정, 폐지 상태	118
표 4 제36편 보건·의사 편 외에 편재된 보건관련 법규	1
표 5 의료인력 비율	135
표 6 건강 관련 민간자격 현황	140
표 7 성병 건강진단 대상자 및 건강진단 항목 및 횟수	4

그 림 차 례

그림 1 삼중뇌	28
그림 2 뇌기능 구조	29
그림 3 인격의 존재 중심의 세 관점	33
그림 4 인격의 당위 중심의 세 관점	34

第1章 序論

제1절 연구의 목적

현대 민주국가는 국민이 생활하는 데 필요한 기본적 수요를 충족시키고, 건강하고 문화적 생활을 영위할 수 있도록 하는 것을 그 책무로 하고 있는데, 이를 소위 사회국가 내지는 복지국가라 한다.¹⁾

우리 헌법은 사회국가원리와 복지국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법전문에서 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 규정하고 있는가 하면, 헌법 제10조에서는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조)에 관한 규정을 두는 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리, 그리고 나아가 복지국가의 원리를 수용하고 있음을 알 수 있다.²⁾

한편 이러한 사회국가원리는 소위 ‘사회적 기본권’이라는 제반 권리로서 구현되고 있는데,³⁾ 보전에 관한 권리에 관해서도 헌법 제36조 제3항에서 규정하

1) “Sozialstaat ‘社會的 國家’는 독일의 역사에 뿌리를 둔 개념임과 동시에 세계 제2차 대전 후로는 대개 영어 welfare state라 불리는 국가=일본어의 <福祉國家>와 거의 같은 뜻으로 독일과 일본에서는 현실의 福祉國家 형성에 앞서 先立한 社會國家이다. 사회국가와 복지국가는 미분화된 상태에서 구분을 해 사용하고 있음을 볼 수 있는데 여기에서는 공존을 위한 필요의 충족을 국가가 책임지려하는 국가를 사회국가, 그리고 공영을 국가가 책임지려하는 국가를 복지국가로 구분 하여 사용하고자 한다. 즉 사회국가에서 복지국가로 진화하는 것으로 본다, 참고, 정연철, 『사회적 기본권의 분석』, 도서출판 금정, 2004, pp.60-61.

2) 헌법재판소는 교육법제96조제1항 위헌확인 사건에서, “교육받을 권리는 …… 헌법이 추구하는 사회국가(社會國家), 복지국가(福祉國家)의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 갖고 있다”고 판시하였다, 참조, 93헌마192(헌재선고 1994.2.24).

3) 우리 헌법상 사회적 기본권으로는 인간다운 생활권(헌법 제34조 제1항), 사회보장·사회복지증진을 위한 국가적 노력의 의무(헌법 제31조 제2항, 동조 제4항), 생활무능력자의 국가적 보호(헌법 제5항), 근로자의 고용증진과 적정임금의 보장 및 최저

고 있다.⁴⁾ 건강은 생존과 행복의 전제이며 인간다운 생활에 필수적인 요소이므로 보건의 권리는 생명권·행복추구권·인간다운 생활권 등과 이념적으로 일체를 이루며 상호관련을 가지고 있다.⁵⁾ 이와 같이 보건의 권리는 인간의 생존에 무엇보다 중요하고 필요한 권리라고 하겠다.

이와 관련하여 근래 의료 및 보건의 관한 여러 헌법재판소 결정⁶⁾에서 볼 수 있듯이, 이 분야에서의 분쟁이 끊이지 않고 있다. 이를테면, 진료 영역에서는 한방과 양방, 혹은 민족의학과 서양의학이라는 이름으로 나뉘어 서로의 영역을 활용할 수 없을 정도로 갈등의 골이 깊을 뿐만 아니라 그에 따른 피해정도가 심각한 수준에 이르고 있고, 의료 영역은 ‘제도권 의료’와 대체의학 등으로 불리는 ‘제도권 밖의 의료’로 분화되어 있어 의사면허제도의 의미가 상실될 정도의 양상을 보이고 있으며, 주된 의료행위와 보조행위는 서로 역할이 뒤섞이어 보건의 관한 법률의 실효성을 상실케 하고 있다. 또한 세계적인 추세인 신자유주의⁷⁾는 의료영역에도 그 영향을 미쳐 의료를 공적 영역에서 사적 영역으로 전환시키는, 즉 의료를 상품화하고 의료시장에 대한 국제적 개방이 논의되고 있다.

임금제의 실시(헌법 제32조 제1항), 인간의 존엄성에 합치하는 근로조건기준의 법률 제정주의(헌법 제32조 제3항), 연자와 연소자의 근로의 특별보호(헌법 제32조 제4항, 동조 제5항), 근로3권의 보장(헌법 제33조 제1항), 환경권(헌법 제35항), 근로의 권리(헌법 제32조 제1항), 교육을 받을 권리(헌법 제31조) 등을 규정하고 있다.

4) 보건권이 과연 개별적 기본권으로 인정될 수 있는 것인지에 대해서는 논란이 있다. 왜냐하면 그것은 헌법 제36조 3항이 “모든 국민은 보거에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 하여, “권리를 가진다”가 아니라 “보호를 받는다”라고 규정하고 있기 때문이다(성락인, 『헌법학』, 법문사, 2007, p.633).

5) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009, p.705.

6) 의료법제46조제4항등위헌제청사건(헌법재판소 2007. 7.26. 선고, 2006헌가4), 보건범죄단속에관한특별조치법제5조등위헌소원사건(헌법재판소 2007. 4.26. 선고, 2003헌바71), 의료법제25조제1항위헌소원사건(헌법재판소 2005. 9.29. 선고, 2005헌바29), 의사의 간호기록부 기재의무와 관련된 기소유예처분취소(헌법재판소 2006. 4.27. 선고, 2005헌마646), 구의료법제25조제1항등위헌소원사건(헌법재판소 2005. 3.31. 선고, 2001헌바87).

7) 신자유주의의 규범이나 원칙 또는 묵시적 합의의 성격은 신고전주의, 엘리트주의, 개인주의로 설명할 수 있다. 참고, 유영철, 「신자유주의의 레짐 이동(Regime Shift)에 따른 로컬 거버넌스의 형성에 관한 연구」, 『한국지방자치학회보』, 제19권 제2호, 통권58호, 한국지방자치학회, 2007, p.53.

뿐만 아니라 과학문명의 발달은 인간에게 유익을 가져다주기도 하지만, 장기복제, 생명복제 등 인간의 존엄성 침해가 우려되는 상황도 발생하고 있다. 이와 같이 의료 및 보건영역은 환경이 크게 변화되었고 앞으로도 더 빠르게 바뀔 것으로 예상되는 바, 이들 변화된 환경을 규율할 수 있는 보건에 관한 법제도가 시급히 마련되어야 한다고 본다.

그런데 ‘보건’ 또는 ‘보건권’이란 개념은 우리가 흔히 사용하고 있지만, 헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 문장에서 ‘보건’이 ‘health’로 영역되고 있고, ‘WHO, 세계보건기구’에서 ‘health’는 보건으로 번역하면서도 세계보건기구가 정의 하고 있는 ‘health’를 ‘건강’으로 번역하고 있어 ‘건강권’과 ‘보건권’이 같은 권리를 지칭하는 것인가 하는 문제가 있다.

또한 보건권은 주로 헌법교과서에서 사용되고 있고 건강권은 자연과학 분야와 일반 사회에서 주로 사용되고 있는데 이는 그 지칭 대상의 문제인가 아니면 학제간의 개념규정의 차이인가 하는 문제도 있다.

‘건강권’과 ‘보건권’의 용어 사용 환경을 보기위해 「한국교육학술정보원」과 「로앤비」에서 제공하는 자료찾기에서 「한국교육학술정보원」에서 제목을 대상으로 검색했을 경우 ‘건강권’은 학위논문이 1건, 국내학술지 46건, 국내 단행본 18건이 검색되었고, ‘보건권’은 국내 학술지에서 1건이 검색되었다. 「로앤비」에서는 통합 검색에서 ‘건강권’은 판례 50건 이었고 이 중 판시사항에서 1건, 재판요지에서 8건, 전문에서 41건이 검색되었고, 현행법령 3건, 학회논문 0건, 실무논문 3건이 발견되었고, ‘보건권’의 경우 판례 23건이었고 이중 판시사항에서 1건, 재판요지에서 1건, 전문에서 21건, 현행법령에서 0건, 학회논문에서 0건, 실무논문 1건이 검색되었다.⁸⁾ 이러한 검색 통계는 현재 헌법 제36조 제3항이 ‘보건’이라는 용어를 사용하고 있고 제헌 헌법에서는 ‘건강’이라는 용어를 사용했다는 점과 함께, ‘보건’과 ‘건강’의 지칭대상이 같은지, 같다면 왜 용어를 다르게 사용하는 지, 다르다면 어떻게 다른 지 그리고 이러한 사용이 타당

8) <http://www.riss.kr/search/Search.do>, 최종방문일 2010.01.07 및
<http://www.lawnb.com/index.asp> 로앤비, 최종방문일 2010.01.07.

한지에 대한 연구의 필요성을 말해준다.

뿐만 아니라 대부분의 헌법 교과서에서 비록 보건권이라는 용어를 사용하고 있지만 이 보건권이 일반 보호가치인지 법적 보호가치인지 구분도 분명하지 않으며, 법적 보호가치로 보는 견해에 있어서도 자유권으로서 혹은 사회권으로서 법적 성질을 갖는 것인지 아니면 자유권과 사회권 모두의 법적 성질을 갖는 것인지에 대해서도 주장은 있으나 그 주장에 대한 구체적인 근거를 보여주지 않고 있다는 문제를 안고 있다.

바로 이러한 문제들의 해결 없이는 기존의 보건에 관한 법제도의 실효성이 떨어질 뿐만 아니라 장차 만들어질 보건에 관한 정의 실현을 위한 법제도는 오히려 남아 있는 보건에 관한 법제도의 실효성마저 잃게 할 것이다.

따라서 본 논문의 연구의 목적은 보건과 관련된 용어가 지칭하는 대상내지는 의미를 정립함으로서 보건 영역의 내적 외적 경계의 구분을 명확히 하고, 보건권의 법적 성격을 고찰한 후, 이를 바탕으로 보건에 관한 실정법규를 해석하고, 또한 관련된 판례들의 분석을 통해 법 원리와 법규 그리고 법적 사실들 간의 체계가 보건에 관한 언어의 사용에서, 학제들 사이에서, 그리고 과거와 현재 그리고 미래에 일반적이고 객관성을 지닌 이해할 수 있는[소통이 분명한] 보건에 관한 권리 개념을 정립하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

보건에 관한 권리에서 ‘보건’의 내용이 주로 자연과학의 분야로서 생물학적 관찰 대상이고, 그리고 인간 존재를 다루고 있다는 점에서 철학적 성찰의 대상이며, 헌법에서 명시된 기본권으로서 규범의 대상이 됨에 따라, 이러한 여러 분야의 논자에 따라서는 보건을 여러 의미로 해석될 여지가 많아 철학적·생물학적·규범적 영역에서 보건이 지칭하는 대상이 같도록 하는 통합적 접근이 필요하다.

또한 보건에 관한 권리의 실효성을 손상시키고 있는 문제점에서 ‘보건’과 ‘건

강’ 그리고 그와 관련된 ‘의료’ 및 ‘보건의료’, ‘건강권’과 ‘보건권’을 서로 달리 사용하는 학제 간의 문제에서 볼 수 있듯이, 문제의 중심에 대상을 지칭하는 용어가 자리하고 있다는 데서 언어학적 접근을 우선적으로 필요로 하고 있다.

따라서 실효성 있는 보건에 관한 권리를 위한 정의를 발견하고 실효성 있는 보건에 관한 권리를 위한 정의를 손상시키는 문제를 제거하기 위한 연구방법으로서 융합적 접근 방법으로 용어를 사용함에 있어 인과론적 지시이론에 따르고, 그 인과론적 지시 대상을 생물학적 진화론에 입각한 삶⁹⁾, 공존하는 삶¹⁰⁾, 삶에서 정신(또는 마음)과 육체(또는 뇌)를 하나로 인식하는 하는 논리(양면적 일원론)¹¹⁾에 따라 용어가 지칭하는 구체적인 대상을 찾아 일관성이 있도록 하고자 하였다. 나아가 지칭하는 구체적인 대상에 대하여 존재론에 입각하여 설명하는 성층구조의 실재론적 관점과 심신이라는 양면의 관계를 설명하는 근거를 수반이론¹²⁾에 두고 많은 함축(성층)을 갖는 복잡한 관계를 체계화 하여

9) 진화의 의미는 대체로 하나의 상태에서 다음상태로 서서히 변화하는 것이라 할 수 있다. 진화의 가장 단순한 설명은, 첫째로 이 세계가 불변일 수 없으며, 둘째로 변화가 꾸준히 일어나며, 셋째 순환하거나 반복하는 식은 아니다 이다. 이후 논지에서 사용되는 진화의 의미는 이와 다르지 않다, 참조, 데틀레프 간텐, 토마스 다이히만/틸로 슈팔, 인성기 옮김, 『지식』, 이끌리오, 2005, p.102.

10) 흔히 ‘적자생존’이나 ‘생존경쟁’이라 하는데, 여기서 적자에 대한 척도는 이른바 생식률(개체의 총 번식 성공률)이다(위의 책, p.105.), 생명체의 환경은 대부분 다른 생명체들로 구성되어 있다. 따라서 함께 살아가는 모든 것은 그 어떤 식으로든 서로 조화를 이루도록 조율되어 있다. 이 스펙트럼 한쪽 끝에는 공생형태, 즉 양자의 이익을 위한 긴밀한 형태가 있고, 다른 한쪽 끝에는 약육강식이라는 덜 유쾌한 관계가 있는데, 이것은 생존을 위한 투쟁이라는 통상적인 의미와 일치한다. 본 논문에서 말하는 공존은 “적자생존”과 “생존경쟁”을 포함하는 공존을 말한다. 나아가 기생체가 숙주에 기생하면서 숙주를 소멸 시킬 경우 그 기생체 역시 같이 소멸한다는 점에서 기생체와 숙주가 공존할 때만 다음 상태를 만드는 진화를 가져 올 수 있다는 의미에서 공존을 통한 진화라는 의미이다, 위의 책, p.105. 및 p.119.

11) 인간이 어떤 생각을 할 때 우리의 뇌에서는 반드시 어떤 생화학반응이 일어나게 되고, 거꾸로 뇌의 어떤 생화학 반응은 반드시 어떤 생각을 일으킨다. 여기에서 생화학 반응의 연구는 화학 내지 과학이며, 생각의 연구는 철학이다. 생화학 반응의 연구는 객관적 관찰에 의한 연구이며, 생각의 연구는 주관적 관찰 즉 내성에 의한 연구이다. 이러한 점에서 신체(뇌)와 정신(생각)은 서로 다른 관점을 갖는 같은 대상에 대한 연구이다, 마크 슴즈/올리버 턴볼, 김종주 역, 『뇌와 내부세계』, 도서출판 하나의학사, 1988, p. 84.

12) 본 논문의 설명 과정에서 하르트만의 성층구조를 갖는 실재론과 존재가 갖는 심신

살펴보고자 한다.

이와 더불어 이러한 대상[인과론적으로 지시되는 것]으로서 보건에 관한 권리주체, 즉 권리주체로서의 인격의 설명에 칸트 철학체계에서 말하는 감성과 오성(또는 지성) 그리고 이성의 체계와 아울러 신경과학의 설명을 보조하고자 한다¹³⁾.

이러한 융합적 분석 방법으로 보건의 권거규정으로 간주되는 헌법 제36조 제3항을 비롯한 각 개별 법률에 규정된 보건에 관한 권리를 고찰함에 있어 경험하고 있는 보건에 관한 권리가 선형적으로 파악되는 보건에 관한 권리와 너무 다르다는 것을 전제하고 있다.

따라서 먼저 보건에 관한 권리를 선형적으로 파악하고, 경험하고 있는 보건에 관한 권리를 분석하여, 선형적으로 파악된 보건에 관한 권리 규정을 경험할 수 있는 있는 보건에 관한 권리 규정에 포섭되도록 한다는 논리전개이다.

이상과 같이 논리전개를 위해서 앞서 문제해결을 위한 융합적 방법, 즉 방법적 논리전개의 수준에서 존재의 문제, 인식의 문제, 언어문제¹⁴⁾, 진리의 문제, 사유의 문제 등을 논리 전개에 필요한 정도에서 함께 살펴보기로 하였는데, 이렇게 연구의 외연을 확장하는 이유는 일반적으로 소통의 문제인 다툼과 소요를 구성하는 구체적 요소는 행위이고, 이는 곧 ‘행위 없는 다툼과 소요는 없다’라는 점이 전제되며, 행위를 가져오는 것은 사유이고 사유는 경험에서 비롯되기 때문이다.¹⁵⁾ 또한 이 과정은 이전의 기억된 경험의 간섭을 받게 되고, 이러한 과정

관계가 수반이론으로 설명될 수 있다는 의미이다.

13) 논지의 기반이론에서 등장하는 감성과 오성과 이성의 개념을 칸트 철학에서 사용되는 것을 그대로 차용하되 신경과학의 해부학적 구조와 연계하여 이원론적인 심신관계를 양면적 일원론 관계로 설명하고자하는 의미이다.

14) 법인식 주체들의 자기성찰이 이루어지는 장소는 언어와 법제도이다. 즉, 언어는 법제도의 메타제도인 것이다, 이상돈, 『법이론: 법인식의 사회적 지평과 근대성』, 박영사, 1997, p.9.

15) 가다머는 “‘우리의 모든 지식이 경험에서 출발한다는 것은 분명하다는’ 칸트의 ‘순수이성비판’ 첫머리에 나오는 이 유명한 구절은 우리가 인간에 대해 알고 있는 지식에 대해서도 확실하게 해당한다”고 하였다, 한스게오르그 가다머, 이유선 옮김, 『철학자 가다머 현대의학을 말한다』, 몸과마음, 2002, p.15.

을 지니는 개개인들의 관계가 사회이고, 관계에서 형성되는 것들이 바로 문화¹⁶⁾ 현상이며, 이 문화현상으로서의 보건에 관한 권리라는 형식이 전제되고 있기 때문이다.

그리고 “진리를 발견하는 것도 중요하지만 합의를 이끌어 내는 것이 더 중요하다” 것에 동의하면서, 이러한 합의에 이를 수 있는 것은, 합의를 하고자 하는 구성원이 합의하고자 하는 대상에 대한 객관적 인식과 그 인식을 중심으로 한 의사소통이라는 점에서, 객관적 인식 이론과 언어로 표현되는 개념에 관하여 서로 논지를 분명하게 하는 정도에서 그 전제를 제시하고자 한다.

이를 위한 본 논문의 내용은 제1장 서론, 제2장 보건에 관한 법적 개념과 성격(일반적 고찰), 제3장 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리, 제4장 실정법상 보건권에 관한 권리, 제5장 결론의 순서로 구성하고자 한다.

연구의 범위는 서론에서 연구의 필요성, 목적, 범위와 방법을 기술하고, 보건에 관한 법적 개념과 성격(일반적 고찰)에서는 법규에서 표현되고 있는 보건과 기존 보건의 의미를 분석하여 보건에 관한 권리를 이해하기 위한 용어들을 융합적 분석을 통해 개량적 정의를 시도하고자 하며, 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리에서는 주관적·객관적 질서로서 보건에 관한 권리를 개량적 정의에 의한 용어와 함께 융합적 접근을 시도하여 일반 기본권 이념과 정합성을 갖는 보건에 관한 권리 개념을 확인할 수 있도록 논술한다. 특히 우리나라의 실정법상 보건에 관한 권리가 그 중심적 내용이 될 것이며, 논술에서 정립된 보건에 관한 개념을 통해 실정법규에 보장된 보건에 관한 권리들이 일반 기본권 이념과 정합성을 갖는지 판단 할 수 있도록 하고, 이어 대법원·헌법재판소의 판례 등 역시 재정립된 보건에 관한 권리 개념을 통해 일반 기본권 이념을 근거로 한 보건에 관한 권리와 의 정합성을 갖는지 판단할 수 있도록 고찰한 후 결론을 맺고자 한다.

16) 이병훈교수는, “법이란 ‘인간의 역사에서 국가권력에 의하여 강제되어야 한다고 인식하게 된 문화적 가치’라고 이해할 때 법은 무엇보다도 국가의 존재를 전제한다고 할 수 있다”고 한다, 이병훈, 『문화적 관점에서 본 법의 이해』, 대명출판사, 2009, p.16.

이와 더불어 보건에 관한 법적 보호가치는 일반 보호가치를 전제할 수밖에 없고 일반 보호가치는 존재와 당위의 관계에서 발견된다고 볼 때, 발견되는 보건에 관한 법적 보호가치의 배경으로서 일반 보호가치와 존재 그리고 당위의 관계들을 제시하고자 한다는 점에서, 그리고 보호가치가 지닌 생물학적·철학적·규범적 존재의미를 모두 포섭해야 한다는 점에서 인문사회과학과 자연과학의 융합적 분석방법을 적용하였지만, 논구의 구체적인 목적에 벗어나지 않기 위해 구체적인 법적 권리구조, 즉 권리는 소송능력이라는 점에서, 특히 기본권의 법적 확인은 헌법소원을 통한 헌법재판에서 확인되고 있다는 것을 전제로 이러한 헌법재판의 권리구조 영역 경계를 지키고자 한다.

그리고 논지의 記述 방법에 있어서 최근 직접 인용을 가능하면 피하고 있는 추세이나, 오히려 각주를 통한 직접인용이 논자의 주장을 간결하게 하면서 인용의 근거를 좀 더 분명히 하고, 인용의 타당성을 평가 할 수 있게 하여 논자의 주장에 대한 평가를 용이하게 할 수 있다고 보아 각주를 통한 직접인용을 많이 활용 하고자 한다.

제2장 보건에 관한 법적 개념

제1절 법규정상 보건의 의미

1. 序

현대 이전의 우리나라 문헌기록에서 보면 생물학적 개념인 ‘건강’을 위한 행위와 관련하여, 치료의 의미를 갖는 ‘救療’¹⁷⁾라는 용어가 주로 쓰였고, 드물게는 ‘醫療’¹⁸⁾라는 용어가 사용되었다. 그러나 건강관리 또는 건강증진의 의미로는 ‘養生’이라는 용어가 주로 쓰였다.

그런데 이러한 의미를 지닌 용어들이 서구식 현대 의학이 우리나라에 전달되면서 종래 주로 치료의 의미로 사용되던 ‘구료’라는 용어는 사용되지 않고 ‘의료’라는 용어가 주로 사용되다가, 현재에 이르러 ‘의료’를 함축 하면서 ‘공중위생’과 ‘예방’ 및 ‘건강관리’의 의미가 추가된 ‘보건’이란 용어가 의료와 더불어 사용되기 시작된 것으로 보인다. 그러나 최근에 들어 건강의 증진과 관리가 강조되고, 치료의 영역과 건강관리의 영역의 경계가 모호해짐과 동시에 건강관리 영역이 강조되면서 ‘보건’이란 용어가 ‘의료’라는 용어보다 더 자주 등장하는 시대가 된 것이다.

이러한 시대의 변화는 과거 주로 의료 중심이었던 영역에서 ‘보건’의 개념에 ‘의료’가 필수적이라는 점을 강조하고자 하는 의도에서, 과거 ‘보건’(양생) 중심

17) 조선왕조 왕조실록 태조 2년 “全羅道 按廉使 金希善 報都評議使司曰: “外方無通曉醫藥者, 乞於各道遣醫學教授一員。 每於界首官, 置一醫院, 選聚兩班子弟, 以爲生徒, 擇其識字謹厚者, 定爲教導, 令習鄉藥惠民經驗方, 教授官周行講勸, 定屬採藥丁夫, 以時採取藥材, 依方劑造, 有得病者, 隨即救療”에서 ‘救療’를 볼 수 있고 특히 역병의 치료에 주로 사용하고 있다.

18) 조선왕조실록 태종 5년 “且國人有疾, 隨即醫療, 頗有其效, 功勞可賞”에서 ‘醫療’라는 용어의 사용을 볼 수 있다. 이 후에도 간혹 등장하는데 주로 질병 치료의 의미로 쓰이고 있다.

이었던 영역에서는 ‘보건’이 ‘의료’와 대등한 전문성을 지닌다는 것을 인식시키고자 하는 점에서, 그리고 보건과 의료의 중립적인 영역에서는 이 둘을 모두 아우를 수 있다는 점에서 ‘보건’ 또는 ‘의료’를 ‘보건의료’라는 용어로 대신 사용한 것으로 보인다. 따라서 이 세 용어는 서로 모두를 함축하면서 다만 말하는 사람에 따라 그 주장만 강조하는 형식으로 용어를 사용하고 있다고 볼 수 있다.

이러한 혼재된 사용이 법률관계에서도 아직 세 용어(‘보건’, ‘보건의료’, ‘의료’)는 혼용되고 있고 또 이들에 대한 일반개념과 과거 법률상의 개념, 변화된 법률상의 개념이 모두 그 대상이 분명하지 않으면서 서로 분명한 것처럼 사용하고 있다.¹⁹⁾

2. 법규정에 보건이란 용어의 등장

우리나라 법령에서는 ‘보건’과 ‘건강’, ‘의료’ 및 ‘보건의료’라는 용어가 무분별하게 사용되고 있음을 알 수 있다.

우선 일제강점기인 1912년 ‘의료’란 용어는 조선감옥령 시행규칙 제8장(위생 및 의료)²⁰⁾과 약품및약품영업취채령 제4조 제1항²¹⁾에서 처음 발견된다. 이에 반해 보건이란 용어가 법령에서 사용된 것은 해방이후이다. ‘보건’이란 용어는 1946년 제정된 未成年者勞動保護法 第13條²²⁾에서 처음 발견되고, 이어 1947년 未成年者勞動保護法²³⁾에서도 발견된다.

다음으로 ‘보건’과 ‘의료’를 합친 것으로 보이는 ‘保健醫療’라는 용어는 해방

19) 보건의료기본법, 공공의료에 관한 법률, 국민건강증진법 등에 그 정의가 모호하다.

20) 조선총독부령 34호(1912.3.20).

21) 1912.3.28 조선총독부제령 22호로 제정, 제4조 ①의료용으로 제공하는 약품의 성상 품질은 일본약국방에 기재하는 것은 그 소정에 적합하고 일본약국방에 기재하지 아니하고 외국약방에 기재하는 것은 그 외국약국방에 적합하여야 한다.

22) 군정법령 114호(1946.10.23자) 道機構의改革 “第14條 (保健厚生局)

가. 機構, 保健厚生局에는 左의 課를 置함.

23) 1947.5.16 군정법령 4호로 제정된 未成年者勞動保護法 第13條는, “被傭者の 教育 保健 娛樂의 實施”에 관하여 규정하고 있다.

후 戰時勤勞動員法 동원명령서 서식 내에 ‘保健醫療設備’라는 항목에서 처음 발견되고 이어 1961년 保健醫療要員裝學金規定²⁴⁾에서도 발견된다. 이후 ‘보건’, ‘의료’, ‘보건의료’, ‘보건과 의료’, ‘건강’ 등의 용어는 특히 의료법과 보건소법에 자주 등장하는데 그 의미가 불분명하다.

해방 후 1948년 7월 17일 美軍政下 制憲國會에서 마련된 우리 헌법은 1987년 10월 憲法改正時까지 9회에 걸친 개정이 있었는데, 제헌 헌법 제20조²⁵⁾에서 처음 健康이란 용어를 사용하였으나 1962년 제5차 헌법 개정이후부터 ‘健康’ 대신 ‘保健’이란 용어가 사용되어 현재에 이르고 있다.²⁶⁾

이와 같이 보건이란 용어가 지시하는 내용이 과거로부터 현재에 이르기까지 일관성이 없다.

3. 헌법상 보건의 의미

헌법 제 36조 3항에서 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하여 보건과 관련하여 국민의 국가의 보호를 받을 기본 권리와 국가의 국민의 보건을 보호할 의무를 총체적으로 규정하고 있다. 판례는 이러한 동 규정상의 국민의 기본적 권리를 ‘보건권’²⁷⁾으로 해석하고 있다. 이 규정은 헌법이 계획과 설계로서의 의미를 갖는다는 점²⁸⁾과 합의와 동의라는 의미²⁹⁾에서 보건에 관한 국가의 모든 계획과 설계의 전제가 되고, 동의와 합의를 위한 기준이 된다.

24) 1961.4.28 국무원령 제249호로 제정.

25) “婚姻은 男女同權을 基本으로 하며 婚姻의 純潔과 家族의 健康은 國家의 特別한 保護를 받는다.”

26) 당시 대한민국헌법 第31條는 “모든 國民은 婚姻의 純潔과 保健에 관하여 國家의 保護를 받는다.”고 규정하여 ‘건강’ 대신 ‘보건’이란 용어를 사용하고 있다.

27) 96헌마246(1998.7.16.)

28) 헌법은 국가라는 하나의 정치적 통일체의 조직과 내용을 형성하고 거기에 법적 질서를 부여하고자 하는 계획과 설계로서의 의미를 갖는다, 참조, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.5

29) 합의와 동의 그리고 그것의 법적 형태인 계약이 헌법의 내용을 이룬다, 참고, 위의 책, p.6.

좋은 설계와 계획, 그리고 동의와 계약을 위해서는 그 전제가 갖는 대상³⁰⁾, 즉 여기에서는 ‘보건’이 지시하는 대상이 분명하여야 할 것이다. 그러나 ‘보건’의 의미 및 보건권의 규율대상을 명확히 한정할 수 있는 구체적인 명문 규정은 없고, 다만 관례에서 ‘건강’과 구분하여 사용하고 있을 뿐이다.³¹⁾

일부 소송관련 訴狀³²⁾에서 헌법 제36조 제3항의 내용에 대해서는 ‘보건권’이라 지칭을 하면서도 같은 訴狀에서 ‘건강권’이란 용어도 같이 사용하고 있는 예는 있지만, 동 소장에서도 건강권과 보건권의 의미의 차이를 알 수 없다. 다만 일부 法律³³⁾에서 ‘보건’이란 ‘건강을 유지 및 증진시키기 위한 행위’라는 의미로 사용되고 있지만 이를 보건권에 대한 개념규정으로 일반화하기에는 아래에서 보는 바와 같이 부족하다.

4. 보건소법 및 의료관련법에서 보건의 의미

“보건”이란 용어가 자주 등장하는 대표적인 법령은 의료법과 보건소법을 들

30) 대상으로서 존재를 표현하는 언어로, 전체로는 감각 될 수 없어 그자체로 인식될 수 없다는 ‘물자체’, 물자체에 대한 제한된 감각의 결과로 얻어진다는 ‘현상’, ‘현상’을 소재로 하여 심성의 능력이 작용하여 만든 ‘표상’ 등의 표현이 있으나, 여기에서 말하는 대상은 ‘표상’이라 할 수 있다.

31) “이 사건 법률조항은 헌법 제10조가 규정하는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 헌법 제36조 제3항이 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 없다.”(의료법 제25조 제1항 등 위헌제정 사건, 전원재판부 1996.10.31. 94헌가7) 에서 ‘건강권’과 ‘보건권’을 병렬적으로 동시에 사용하고 있다.

32) 최재천 변호사의 국내 첫 담배소송 사례(「국내 첫 담배 소송-“흡연이 내 모든 것을 앗아갔다”」, 국민일보, 1999. 9. 6.(법무법인 한강, 「법무법인 한강」, 2009. 08.10),

<http://www.lawhangang.co.kr/02_bs12.as>에서 재인용))

33) 구강보건법 제2조에서 “‘口腔保健事業’이라 함은 口腔疾患의 豫防診斷口腔健康에 관한 教育관리등을 행함으로써 口腔健康을 유지增進시키는 事業을 말한다.”라는 규정과 모자보건법 제2조에서 “‘母子保健事業’이라 함은 妊娠婦 또는 영유아에게 전문적인 醫療奉仕를 함으로써 身體的精神的 건강을 유지하게 하는 事業을 말한다.”라 하고 있다.

수 있다. 우선 의료법은, 일제강점기인 1944. 8. 21 공포된 조선의료령(일본 의용법)이 시행되다, 1951. 9. 25일에 국민의료법이 제정되었으며, 1962년 의료법으로 제명 변경과 함께 전면 개정되었고 다시 1973년 전면 개정되었다. 1951년 제정 당시 동 법은 법문에서는 보건에 관한 용어를 사용하지 않고 있지만, 제정 이유에서 “선진국으로부터 보건에 관한 많은 기술적·경제적 원조를 받고 있는 실정이고”, “전쟁으로 인한 의료시설의 복구와 전재동포에 대한 의료대책이 시급하므로”라고 표현함으로써 ‘(국민)보건’이 의료법 제정과 관련이 있음을 적시하고 있을 뿐만 아니라 보건과 의료의 관련이 있음을 나타내고 있다. 1962년 전면 개정 이유에서³⁴⁾도 “의료 및 보건의 향상을 기하기 위하여”라고 하여 의료와 보건을 개별적으로 구별하면서 이 둘의 향상을 의료법의 목적으로 삼고 있다. 이어 1973년 전면 개정된 의료법 제11조(면허의 조건 및 등록) 제1항은, “보건사회부장관은 보건의료시책 상 필요하다고 인정될 때…….”라고 규정하여 의료법 본문에서 처음으로 보건의료라는 용어를 등장시킨다.³⁵⁾ 이는 그 동안의 의료법 개정이유에서 사용되었던 ‘보건 및 의료’와 표현방식이 다른데, 그 의미가 ‘보건과 의료’를 의미하는 것인지 아니면 독립된 하나의 단일 업무영역을 의미하는지는 분명치 않다. 또한 1981. 4. 13 의료법 일부개정³⁶⁾에서 종합병원에 건강관리과를 설치해야할 의무를 해제함으로써 의료시설로부터, 더 나아가서는 의료법에서 보건(건강관리)에 관한 영역을 배제시키고 있다.

그리고 1986년 의료법 일부개정³⁷⁾에서는 면허가 없는 限地醫療人을 면허

34) 1962.3.20일 법률 제1035호로 전면 개정된 의료법 개정이유 ⑦항에서 “의료 및 보건의 향상을 기하기 위하여 보건사회부장관의 자문기관으로 의료심의회를 설치하도록 함.”이라고 하여 ‘의료’와 ‘보건’을 병렬적으로 사용하고 있다.

35) 법률 제2533호(1973.2.16).

36) 법률 제2862호(1975.12.31)로 일부개정 된 의료법에서 개정이유를 “병원급 이상의 의료기관 개설허가요건을 의료법인으로 제한하여 의료의 공공화를 도모하고자 하였으나 의료법인설립에 부수되는 세제상의 문제와 사유재산의 공공화의 난점 등으로 이의 원활한 운영이 기대될 수 없으므로, 의료법인제도를 임의규정으로 하는 동시에 민법 및 특별법에 의한 비영리법인·정부투자기관·의사·치과의사 및 한의사도 병원급 이상의 의료기관을 개설할 수 있도록 확대하고, 타법과의 관계상 조문배열을 정비하려는 것”으로 밝히면서, 종합병원에서 설치하여야 할 진료 과목 중 ‘건강관리과’를 삭제시키고 있다.

가 있는 의료인과 동등하게 대우하고, ‘漢醫學’을 ‘韓醫學’으로 용어의 표기를 개정하면서 우리나라의 전통의학인 ‘韓醫學’을 “주체적인 민족고유의학으로 승화”시키려한다는 의미를 부여함으로써 의료와 의료면허에 대한 개념을 분화시키고 있을 뿐만 아니라 용어의 사용을 의미의 지시적 사용보다 함축적 사용을 강조하여 법규용어로서 그 명확성을 훼손시키고 있다. 즉, 면허인정 조건에 예외를 부여하였고, 민족 고유의학과 그 밖의 의학에 의한 의료를 분리 하여 고착시키고 있는 것일 뿐만 아니라 가치중립적이어야 할 용어사용에 “주체적인 민족 고유의학”이라고 표현함으로써 가치태도를 갖게 하고 있다. 이에 더하여 1987년 공중보건을 위한 특별법 일부개정³⁸⁾에서 한의사의 임무에 한방보건지도임무를 추가하기 위한 것이라 하여 의료에 이어 보건과 한방보건이라는 소통되지 않는 명확하지 않은 개념분화를 시도하였다.

1991년 의료법 일부개정³⁹⁾시 개정이유를 “저소득층 주민·노인 및 장애인 등을 포함한 의료취약계층에게 보건의료서비스를 확대하여 국민의 건강증진을 도모하고, 공중보건의사 및 보건진료원을 정규공무원화하여 근무의욕을 고취시키려는 것”이라고 하고 있다. 여기에서는 ‘의료’와 ‘보건의료’, ‘보건’ 등을 혼용하여 서로의 개념구분에 경계를 모호하게 하고 있다. 즉, “의료취약계층에게 보

37) 1986.5.10 법률 제3825호로 개정된 의료법 일부개정 이유에서 “그간 醫療人 養成이急進展되어 無醫面이 解消되었을 뿐 아니라, 現行 醫療法에 의한 限地醫療人은 醫療行爲에 制限이 없다는 點과 無醫地域醫療奉仕에 대한 功積이 컸음을 考慮하여 10年이상 醫療業務에 從事한 經歷이 있는 者 또는 이 法 施行당시 醫療業務에 종사하고 있는 者로서 5年이상 醫療業務從事經歷이 있는 者에 대하여는 正規醫療人의 免許를 취득할 수 있도록 하고, 現行 醫療法上 漢醫學과 관련된 用語가 ‘漢醫師’, ‘漢藥’, ‘漢醫院’등으로 表記되고 있으나 ‘漢醫學’은 元來 우리나라에서 ‘韓醫學’으로 表記되었음이 考證되고 있으므로 用語의 表記를 改正하여 우리나라의 傳統醫學인 ‘韓醫學’을 主體的인 民族固有醫學으로 昇華시키려는 것임.”이라고 설명하고 있다.

38) 1987.11.28 법률 제03948호로 공중보건을 위한 특별법 일부개정 이유에서 “태아의 성감별행위등 비윤리적인 진료행위의 금지를 명문화하고, 진료기관간 요청이 있을 경우 진료기록의 송부를 의무화하도록 하여 국민의 의료비 부담을 경감하려는 것임.”이라고 하면서 “의료인중 조산원·간호원·간호보조원의 명칭을 각각 조산사·간호사·간호조무사로 변경하고 한의사의 임무에 한방보건지도임무를 추가함.”이라고 하고 있다.

39) 법률 제4430호(1991.12.14).

건의료서비스를 확대”한다고 함으로서 ‘보건의료서비스’를 낮은 수준의 “의료” 행위로 해석할 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 특히 ‘보건의료’에 이어 ‘서비스’라는 용어가 의료법 개정 취지에서 처음 등장하게 된다.

1956년 신규 제정된 보건소법⁴⁰⁾은 의료법과는 별도로 보건에 관해 규정하고 있다. 동 법은 제정 이유를 “6·25사변을 겪는 동안 많은 희생자가 있었음은 물론 국민보건 상에 있어서도 여러 가지 질병이 창궐하여 일대경종을 울리고 있는 현시점에서 전국에 산재하고 있는 500여 보건진료소를 이 법에 의한 보건소로 승격 정리하고, 외국원조가 점차 감소일로에 있음을 감안하여, 제반경비를 자체 조달 할 수 있는 법적 근거를 마련하려는 것”으로 밝히고 있다. 또한 입법 목적을 “보건소의 관장사무를 전염병 기타 질병의 예방진료 및 그 만연방지, 모자보건, 학교보건, 환경위생과 산업보건, 보건통계, 보건사상의 보급, 기타 지방에 있어서의 공중보건의 향상”시키기 위한 것으로 밝히고 있다. 동법은 또한 ‘예방진료’라는 용어와 ‘의료’를 벗어난 국민 건강에 관한 전반적인 것을 명시하면서 이에 걸맞게 ‘보건진료소’를 ‘보건소’라는 명칭으로 바꾸었다. 1991년 정부는 무의촌 문제를 보건소를 통해 해결하기 위해 보건소에 의료 업무를 강화하면서⁴¹⁾ 의료업무영역이 강화된 보건소를 보건의료원이라 칭 하였다. 여기서 보건의료란 용어의 사용은 보건소의 확장된 업무를 포함하기 위한 것으로 ‘보건과 의료’를 의미하는 것으로 보인다.

그 이외에 1976년 새로이 제정된 공중보건장학을위한특례법⁴²⁾은 제정이유

40) 법률 제406호(1956.12.13).

41) 1991.3.8 법률 제4355호로 보건소법을 전문개정 하면서 “①보건소중 병원의 요건을 갖춘 보건소는 보건의료원이라는 명칭을 사용할 수 있도록 함. ②보건지소의 설치에 관한 근거를 신설함. ③보건소의 업무에 보건의료정보의 관리, 지역보건의 기획 및 평가, 정신보건, 장애인의 재활 및 노인보건에 관한 사항을 신설하는 등 보건소의 업무범위를 조정·보완함.”라는 이유에서 ‘보건소’와 ‘보건의료원’의 의미의 차이를 설명하고 있다.

42) 공중보건장학을위한특례법(1976.12.22 법률 제02911호로 제정)은 “의학 및 치의학을 전공하는 대학생에게 장학금을 지급하고, 그들이 의사 또는 치과 의사의 면허를 취득한 때에는 일정기간 공중보건업무에 종사하게 함으로써 무의촌해소를 위한 의료요원을 확보하여 국민보건의 향상에 이바지하려는 것임.”이라는 제정 이유와 함께 “①장학금을 지급받을 수 있는 자는 의예과·치의예과 또는 의과대학, 치과

를 “(장학금 수혜 대학생)을 공중보건업무에 종사하게 함으로써 무의존해소를 위한 의료요원을 확보하여 국민보건의 향상에 이바지하려는 것”으로 밝히고 있다. 여기서 ‘의료’를 ‘보건’을 위한 일부 요소 또는 보건의 일부로 보고 있음을 알 수 있다.

1980년 신규 제정된 농어촌등보건의료를위한특별조치법⁴³⁾은 “농·어촌 등 보건의료취약지역의 주민에게 보건의료를 효율적으로 제공함으로써 국민의 의료균점과 보건향상에 기여하려는 것”을 제정이유로 밝히면서 “보건의료”라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 ‘국민의 의료균점과 보건향상’이란 표현으로 ‘보건’과 ‘의료’가 병렬적으로 사용됨으로서 서로 다른 별개의 의미를 갖는 것처럼 보인다. 따라서 ‘보건의료’라는 용어는 보건과 의료를 합성한 합성용어로 해석할 가능성을 보여준다. 그러나 “보건의료취약지역의 주민에게 보건의료를 효율적으로 제공”한다는 표현에서의 보건의료와 “보건의료취약지역의 주민에 대한 보건의료를 행하게 하기 위하여”란 표현에서의 ‘보건의료’가 같은 의미인지도 의심스럽다. 또한 1995년 국민건강증진법⁴⁴⁾이 제정되고 보건소법이 지역보건법

대학에서 의학이나 치의학을 전공하는 학생으로서 의사·치과의사의 면허를 취득한 후 일정기간동안 대통령령이 정하는 공중보건업무에 종사할 것을 서약한 자로 함.”을 목적으로 제시하고 있다.

43) 1980.12.31 법률 제3335호로 농어촌등보건의료를위한특별조치법을 신규제정하면서 “농·어촌 등 보건의료취약지역의 주민에게 보건의료를 효율적으로 제공함으로써 국민의 의료균점과 보건향상에 기여하려는 것임.”을 이유로 제시하면서 “보건의료”라는 용어를 사용하고 있다.

44) 국민건강증진법 신규제정(제정 1995.1.5 법률 제4914호)에서 “국민의 생활수준향상에 따라 급성전염병의 발생은 줄어들고 있으나 식생활변화·운동부족·흡연·음주 등으로 인하여 만성퇴행성질환이 증가하고 있어 보건정책의 방향을 종래의 치료중심의 소극적 방법에서 보건교육·영양개선·건강생활실천등 사전예방적 사업으로 전환하여 국민건강증진을 도모하려는 것임.”이라는 이유를 제시하고 그 목적을 “①보건사회부장관은 국민건강증진에 관한 기본시책을 수립·시행하고, 이에 따라 지방자치단체의 장은 지역주민의 건강증진에 관한 세부계획을 수립·시행하도록 함. ②절주를 유도하기 위하여 주류의 판매용 용기에 과다한 음주는 건강에 해롭다는 내용이 표시된 경고문구를 표기하도록 함. ③금연을 유도하기 위하여 담배자동판매기는 대통령령으로 정하는 일정 장소에만 설치할 수 있도록 제한하고, 19세 미만의 자에 대하여는 담배를 판매할 수 없도록 하며, 공공이 이용하는 시설의 소유자 등은 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하도록 함. ④건강한 생활을 위하여 지역사회 주민·단체 및 공공기관이 참여하는 건강생활실천협의

으로 개칭과 함께 전면개정⁴⁵⁾되면서 보건향상이라는 용어보다 건강관리, 건강증진이라는 용어가 사용되기 시작하였다.

5. 현행 법규정상 보건관련 용어

가. 보건의료의 의미

보건의료기본법 제3조는 “ ‘보건의료’라 함은 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동을 말한다”라고 규정함으로써 ‘보건’에 대한 개념과 달리 ‘보건의료’의 개념은 법률로 규정⁴⁶⁾되어 있다. 그러나 순환논리의 오류를 갖는 정의⁴⁷⁾를 하고 있다.

회를 구성하여 건강생활실천운동을 전개하도록 함. ⑤시장·군수·구청장은 지역주민의 건강증진을 위하여 보건소장으로 하여금 보건교육·영양관리·건강검진 등 건강증진사업을 수행할 수 있도록 함. ⑥건강증진사업의 추진에 필요한 재원을 확보하기 위하여 담배사업자의 공익사업 출연금 및 의료보험 보험자의 부담금으로 조성되는 국민건강증진기금을 설치하도록 함.”을 제시하고 있다.

- 45) 지역보건법이 전문개정(전문개정 1995.12.29 법률 제05101호)하면서 “국민소득수준의 향상, 질병 및 인구구조의 변화 등에 따라 그 동안 전염병관리와 가족계획사업 위주로 운영되어 온 보건소를 지역주민의 중추적 건강관리기관으로 육성하기 위하여 보건소법을 지역보건법으로 전면개정하려는 것임.”이라는 이유와 “ ①지방자치단체는 지역적 특성에 맞는 종합적인 지역보건의료계획을 수립하고, 이를 추진하도록 함. ②보건소의 업무에 건강평가·건강증진 등 국민건강증진사업, 가정·사회복지시설 등을 방문하여 행하는 보건의료사업, 만성퇴행성질환의 관리 등을 추가함.”이라는 목적을 제시하고 있다.
- 46) 보건의료기본법 제3조에서 “(1) ‘보건의료’라 함은 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동을 말한다. (2) ‘보건의료인’이라 함은 보건의료관계 법령이 정하는 바에 의하여 자격·면허 등을 취득 ‘보건의료서비스업’에 종사하는 것이 허용된 자.”의 규정에서 ‘보건의료’가 동어반복의 정의를 하고 있고, ‘공공보건의료’에 관한 법률 제2조에서도 “(4) ‘공공보건의료’라 함은 공공보건의료기관이 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 행하는 모든 활동을 말한다, ‘공공보건의료기관’이라 함은 국가·지방자치단체 또는 기타 대통령령이 정하는 공공단체(이하 ‘공공단체’라 한다)가 설립·운영하는 보건의료기관을 말한다.”고하여 동어반복의 정의를 하고 있다.
- 47) 김기경, 「보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제」, 연세대학교 박사학위 논문, p7의 주석 9번에서도 ‘보건의료인, 보건의료서비스, 보건의료기관, 개념들 간의 순환 논리적으로 규정하고 있다.’라 하고 있다.

다만 ‘보건의료기관’이라는 외연에서 보건기관·의료기관·약국 기타 대통령령이 정하는 기관⁴⁸⁾이라 하여, 그 영역구분을 추측케 하고는 있으나, ‘보건의료기술’에 관한 법규정에서는 의료 또는 藥事 등을 위한 보조 내지는 주변적인 것들을 지칭⁴⁹⁾하는 外延을 나열 하고 있어 ‘보건의료기관’의 ‘보건의료’와 ‘보건의료기술’의 ‘보건의료’가 다름을 볼 수 있다.

나. 의료의 의미

법규에서 의료에 대한 정의를 규정하고 있지 않으나 의료행위는 행위자체를 제한하는 “면허” 행위로, 의료법 제27조에서 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”고 하고 있고, “‘의료인’이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.”⁵⁰⁾라고 하고 있다. 그리고 “‘의료기관’이라 함은 의료인이 공중 또는 특정다수인을 위하여 의료·조산의 업(이하 ‘의료업’이라 한다)을 행하는 곳을 말한다.⁵¹⁾”, “의료법인의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고를 하지 못한다.”⁵²⁾ 라고 하여 의료행위의 엄격한 제한을 규정하고 있다.

법규상 ‘의료’에 관한 구체적 정의를 발견 할 수 없으나 판례는 비교적 분

48) 보건의료기본법 제3조에서 “(3) ‘보건의료기관’이라 함은 보건의료인이 공중 또는 특정 다수인을 위하여 보건의료서비스를 행하는 보건기관·의료기관·약국 기타 대통령령이 정하는 기관.”에서 ‘보건의료기관’의 보건의료의 내포를 추리케 하는 외연을 예시하고 있다.

49) 보건의료기술진흥법 第2條에서 “(5) ‘보건의료기술’이라 함은 다음 각호의 것을 말한다. 가) 의과학·치의학·한의학·의료공학 및 의료정보학 등에 관련되는 기술, 나) 의약품·의료기기·지식품·화장품·한약 등의 개발 및 성능 향상에 관련되는 기술, 다) 그 밖에 인체의 건강 및 생명활동 증진에 필요한 상품 및 서비스와 관련되는 보건의료 관련기술”서도 그 외연을 통해 ‘보건의료’의 내포를 추리케 하고 있으나 여기에서도 동어반복이 있다.

50) 의료법 제2조

51) 의료법 제3조

52) 의료법 제56조.

명한 의미를 밝히고 있다. 헌법재판소는 ‘의료’를 설명함에 있어 법에는 ‘의료 행위’에 관한 정의규정이 없으나 일반적으로 좁은 의미에서 ‘의료 행위’란 “상병(傷病)의 부위와 원인을 전문적 기법으로 진단하여 그에 가장 적절한 대응방법을 선택하여 치료하는 것과 질병을 미연에 방지하는 것을 포함하는 것”이고, 넓은 의미로는 “질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 판시하고 있다. 또 의료행위인지의 여부에 관한 결정기준으로는 어떤 행위가 의료행위인지의 여부를 판단함에 있어, 질병의 예방과 치료에 사용된 기기가 의료기기냐 아니냐 하는 것은 문제되지 아니하며, 의학적 전문지식이 없는 자가 이를 질병의 예방이나 치료에 사용함으로써 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생할 우려가 있느냐의 여부에 따라 결정해야 한다”고 판시하고 있으며, 나아가 “의료행위는 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 현실적, 구체적 위해를 가하는 것이 아니더라도 ‘그러한 위해를 발생케 할 우려’가 있으면 그 자체가 규제의 대상이 되어야 함을 시사한 것이다”⁵³⁾라고 판시 하고 있다.

그러나 이러한 설명에 ‘보건위생’과 ‘공중위생’이라는 표현이 들어감으로써,

53) “헌법재판소 판례에서 법률조항에서 말하는 ‘의료행위’란 무엇인지를 밝힐 필요가 있다. 그런데 이 법에는 ‘의료행위’에 관한 정의규정이 없고 다만 이 법 제1조, 제2조에 의하면 의료행위가 국민보건의 향상 및 국민의 건강한 생활 확보에 기여해야 하는 행위라는 것만 명백히 하고 있다. 일반적으로 좁은 의미에서는 ‘상병(傷病)의 부위와 원인을 전문적 기법으로 진단하여 그에 가장 적절한 대응방법을 선택하여 치료하는 것과 질병을 미연에 방지하는 것을 포함하는 것’이라고 개념정의를 하는 것 같다. 그러나 판례 중에는 ‘의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’를 말한다는 요지로 개념규정을 한 것(대법원 1992. 5. 22. 선고, 91도3219 판결 참조)이 있고, 또 의료행위인지의 여부에 관한 결정기준으로는 ‘어떤 행위가 의료행위인지의 여부를 판단함에 있어, 질병의 예방과 치료에 사용된 기기가 의료기기냐 아니냐 하는 것은 문제되지 아니하며, 의학적 전문지식이 없는 자가 이를 질병의 예방이나 치료에 사용함으로써 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생할 우려가 있느냐의 여부에 따라 결정하여야 한다’는 요지로 판시한 것(대법원 <판례집 8-2, p.416> 1989. 9. 29. 선고, 88도2190 판결 참조)도 있는데, 이러한 판시는 의료행위는 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 현실적, 구체적 위해를 가하는 것이 아니더라도 ‘그러한 위해를 발생케 할 우려’가 있으면 그 자체가 규제의 대상이 되어야 함을 시사한 것이다.”(의료법제25조제1항등위헌제청 사건(헌법재판소 전원재판부 1996. 10. 31. 선고, 94헌가7))

그리고 특별한 한계 설정 없이 ‘질병을 미연에 방지 하는 행위’를 포함시킨 것 등은 역시 의료와 보건간의 관계의 모호함을 해결해 주지 못하고 있다.

제2절 보건 관계인들이 생각하는 보건의 의미

1. 의과대학 교과서에 나타난 ‘보건’의 의미

복잡한 인체의 건강을 다루기 위해서는 전문적인 지식이 필요하다. 따라서 보건관련 전문인들이 보건에 대하여 어떻게 생각하고 있는가는 특별한 의미가 있다. 보건관련 전문인들은 주로 의사, 간호사, 약사, 한의사 등으로 이들이 전문인으로서의 교육과정에서 보건에 대하여 어떻게 교육받는지를 알아보는 것은 그래서 특별한 의미가 있다. 많은 의과대학의 교과서로 채택되고 있는 예방의학 교과서에서 세계보건기구(World Health Organization : WHO)는 “건강이란 다만 질병이 없거나 허약하지 않다는 것만을 말하는 것이 아니라 신체적·정신적 및 사회적으로 완전히 안녕한 상태에 놓여 있는 것이다”라고 정의하고 있다.⁵⁴⁾ 이처럼 ‘健康’(Health)이란 같은 단어를 ‘保健’과 ‘健康’이라는 서로 다른 용어로 번역을 하고 있다. 그러나 사전을 찾아보면 ‘健康’은 명사로 ‘육체가 아무 탈 없이 정상적이고 튼튼함’, ‘의식(意識)이나 사상이 바르고 건실함’으로 설명되고 있고, ‘보건’(保健)은 명사로 ‘건강을 지켜 나가는 일’이라고 하여 그 각 단어가 지시하는 대상이 다를 수 있다. 즉 ‘保健’은 ‘健康’과 동일한 의미와 대상이 아닌 “건강을 돌보는 행위”로 보아야 한다.

또한 위의 내용이 실린 같은 교과서에서 ““보건관리”는 ‘보건의료와 관련된 제반 현상’을 연구 대상으로 하여”⁵⁵⁾,라는 표현에서 볼 수 있듯이 ‘보건의료’가

54) Health is a complete state of physical, mental and social well being and not merely the absence of disease or infirmity(실무적 정의는 ‘유전적으로나 환경적으로 주어진 조건하에서 적절한 생체 기능을 나타내고 있는 상태’라 하고 있다.)(예방의학과 공중보건 편집위원회, 『예방의학과 공중보건』, 계축문화사, 2003, p.4).

55) 위의 책, p.527

‘보건’을 함축하는 것이 아니라 ‘보건’의 영역이 ‘보건의료’의 영역을 함축하고 있는 것으로 표현되어 있음을 알 수 있다.

많은 의과 대학생이 교과서로 채택하고 있는 ‘예방의학과 공중보건’이라는 교과서는 1985년을 전후로 ‘보건의료’를 ‘전 인간을 대상으로 하는 건강관리’라는 표현과 “사람을 대상으로 하는 것과 환경을 대상으로 한 것을 포함 하는 것”이라고 표현함으로써 매우 다르게 설명되고 있다.⁵⁶⁾ 그럼에도 이는 1985년 전과 후의 정의가 어떻게 다른지, 혹은 어떤 관계를 갖는지 설명되지 않고 있으며, ‘health care’와 ‘health service’도 구분 없이 모두를 ‘보건의료’로 표현하고 있으면서 경우에 따라 ‘서비스’라는 새로운 용어가 추가로 사용되고 있다. 그리고 학술상의 표현에서는 법규와는 달리 법규에서 ‘보건의료’가 포함하고 있는 ‘藥事’가 포함되지 않는 것으로 보인다.

2. 의과대학 교과서에 나타난 의료의 의미

보건의료와 마찬가지로 의료에 대한 ‘예방의학과 공중보건’에서 1985년을 전후로 매우 다른 정의를 하고 있다. 1985년 이전 교과서에서 ‘의료’란 “의학(medical science)의 이법(理法)을 인간에게 응용하는 실천 기술”이라고 정의하였고 ‘의료(medical care)’를 다시, “개체를 대상으로 하는 질병의 치료(협회의 의료)”라고 정의하였다.⁵⁷⁾ 1985년 이후 같은 개정 교과서에서는 그러나 “보

56) 豫防醫學과 公衆保健 編輯委員會, 『豫防醫學과 公衆保健』, 癸丑文化史, 1987, p.505에서는 “의료란 의학(medical science)의 이법(理法)을 인간에게 응용하는 실천 기술을 말하며, 보건의료(health care): 전 인간을 대상으로 하는 건강관리(광의의 의료), 포괄 보건의료(comprehensive health care): 지역사회 인구집단을 대상으로 하는 전 인간적인 건강관리(보건의료의 이상형)”라 하였고, 예방의학과 공중보건 편집위원회, 『예방의학과 공중보건』, 계축문화사, 2003, p. 529에서는 “보건의료를 통해서 제공되는 서비스는 사람을 직접 대상으로 하는 것(personal health service)과 생활환경을 건강에 적합하도록 조성하기 위한 환경보건 서비스(environmental health service)로 대별할 수 있는데’ 의료는 보건의료에서 환경보건을 제외한 개념으로 사용할 수 있는 것이다.”라고 하였다.

57) 豫防醫學과 公衆保健 編輯委員會, 『豫防醫學과 公衆保健』, 癸丑文化史, 1987, p.505에서는 “의료란 의학(medical science)의 이법(理法)을 인간에게 응용하는 실

건의료를 통해서 제공되는 서비스는 사람을 직접 대상으로 하는 것 (personal health service)과 생활환경을 건강에 적합하도록 조성하기 위한 환경보건 서비스(environmental health service)로 대별할 수 있는데, 전자를 의료서비스라 칭하기로 한다. 이러한 관점에서는 의료서비스를 건강의 보호·향상을 일차적 과제로 삼고 질병에 대처하여 직접 사람에게 행하여지는 모든 조치라고 정의 할 수 있겠다”⁵⁸⁾라고 하면서 의료 서비스의 종류를 세분하여 분류⁵⁹⁾하고 있으나 분명한 설명이 되지 못하고 있는 실정이다.⁶⁰⁾

천 기술을 말하며, 의료(medical care): 개체를 대상으로 하는 질병의 치료(협의의 의료), 포괄의료(comprehensive medical care): 개체를 대상으로 하는 질병의 치료와 질병의 예방(협의의 의료의 발전형)¹⁾이라고 하고, 1985년 후 같은 개정 교과서에서는 ‘보건의를 통해서 제공되는 서비스는 사람을 직접 대상으로 하는 것 (personal health service)과 생활환경을 건강에 적합하도록 조성하기 위한 환경보건 서비스(environmental health service)로 대별할 수 있는데, 전자를 의료서비스라 칭하기로 한다. 이러한 관점에서는 의료서비스를 건강의 보호, 향상을 일차적 과제로 삼고 질병에 대처하여 직접 사람에게 행하여지는 모든 조치라고 정의 할 수 있겠다.”라 하였다.

58) 예방의학과 공중보건 편집위원회, 『예방의학과 공중보건』, 계축문화사, 2003, p.529.

59) 위의 책에서 구분 되고 있는 의료 서비스의 종류의 구분은 다음과 같다.

가) 이용 시 질병자연사의 단계에 의한 의료서비스의 분류

1) 건강증진(health promotion) : 일반적 건강 상태의 향상을 위해서 제공, 이용되는 서비스

2) 예방(prevention)

3) 진단과 치료(diagnosis and treatment)

4) 재활(rehabilitation)

나) 질병자연사를 고려한 예방적 관점에서의 분류

1) 1차 예방 : 건강증진과 예방

2) 2차 예방 : 진료

3) 3차 예방 : 재활

다) 대상 건강문제의 종류와 기술적 복잡성에 의한 의료서비스의 분류

1) 1차의료 : 비교적 간단한 의료

2) 2차의료 : 1차의료에 비하여 전문적인 인력, 시설, 장비 등을 필요로 하는 의료

3) 3차의료 : 2차의료로 해결할 수 없는 건강문제

60) ‘예방’에는 환경보건의 포함되고 있으며, 건강증진에는 교육과 홍보가 주요 내용을 이루고 있다. 여기의 ‘건강증진’은 health enhancement를 뜻하는 것으로 생각되나 이 것 역시 ‘보건’이나 ‘보건의료’와의 경계를 보여주지 못하고 있다.

3. 보건 관련 전문가들 간의 견해차이

건강 관련 영역에서 사회의 큰 분쟁을 보여준 것이 ‘의약분업’으로 인한 의사와 약사간의 분쟁과 ‘한약조제’를 두고 벌인 한의사와 약사의 분쟁을 들 수 있다. 이러한 분쟁 속에서 ‘의료’에 대한 사회 각층의 인식을 찾아보면, 보건복지부와 의료 단체의 홍보물 모두에서 醫師와, 藥師는 모두 의료행위를 해왔음을 표현하고 있는 것을 알 수 있다. 즉 ‘먼저 대상인 의료’와 ‘먼저 대상이 아닌 의료’ (‘보건’ 내지는 ‘보건의료’, 혹은 ‘藥事’)를 구분 없이 ‘의료’라는 용어를 사용함으로써 의료에 대한 모호한 인식을 보여주고 있다.

제3절 기존 보건의 의미 분석과 개념 정리

1. 기존 보건관련 언어 사용의 분석과 개념

조선왕조실록과 논어, 맹자, 명심보감 등 조선시대의 교육 서적 등 고문에서, ‘보건’이란 용어는 발견되지 않으며 이와 유사하다고 생각되는 ‘양생’이란 단어와 ‘의료’라는 용어는 일찍부터 사용되었음을 알 수 있다.

고문에서 ‘의료’라는 용어는 일찍부터 ‘질병의 치료’라는 의미로 사용되었으나 ‘보건’에 대한 개념은 조선말부터 형성되기 시작하였으며, ‘의료’가 질병의 치료라는 아주 좁은 의미로 사용되다 점차 그 의미가 확장되었지만, 대중들의 관심과 노력이 질병에서 건강으로 확대되면서, 질병치료라는 의미의 한계성과, 엄격한 규제와 전문성이 요구되는 ‘의료’의 한계 인식이 ‘보건’이라는 용어의 사용빈도를 높이게 되었다고 볼 수 있다. 이어 사회 환경의 변화, 그리고 보건과 의료에 관련된 외국서적들이 번역되면서 ‘의료’라는 용어 사용의 제한과 더불어 ‘보건’이라는 용어 사용의 확대라는 현상이 더욱 가속되었다고 보여 진다.

그러나 이러한 시대의 변화에 학문 영역과 제도 영역이 적절하게 대응하지

않은 상태에서, 일반 사용자들 사이에서 구분의 필요성 내지는 중요성을 인식하지 못한 상태에서 ‘보건’과 ‘의료’ 및 ‘보건의료’란 용어가 큰 구별 없이 사용된 것으로 보인다.

이러한 대중들의 무분별한 언어 사용이 보건관련 강학에서나 법률관계에서까지 명확한 개념 정의 없이 무분별하게 사용한 것이 오늘날의 보건, 의료 분야에서 용어상용의 혼란을 가져온 원인이라고 할 수 있다.⁶¹⁾ 따라서 기존의 이러한 불분명한 개념 정의나 용어사용을 그대로 수용하고서는 보건에 관한 권리에 대하여 일관된 논리나 체계를 부여하기는 어렵다는 것을 알 수 있다.⁶²⁾ 그렇다고 이러한 이미 일반화된 일반 대중 및 학계, 법조계의 언어사용들에서 많이 동떨어진 의미를 가지는 용어를 새로 만들어 사용하는 것은 더욱 소통에 혼란을 야기하게 될 것이다. 따라서 최대한 현재의 의미를 수용하되 용어들 간의 경계를 명확하게 하는데 목적을 두면서, 융합적 분석을 가능하게 할 수 있는 선행 작업으로, 인과적 지칭이론(causal theory of reference)에 따라 각 영역간의 용어가 지시하는 바를 밝혀 각 영역에 함께 통용 될 수 있도록 하는 방법을 구성하고자 한다.

여기에는 뇌신경과학을 기초로 하면서 이에 추가하여 하르트만(N. Hartman)의 성층 구조(stratification structure), 칸트(I. Kant)의 심성능력 등 철학적 이론과, 그리고 법학적 개념의 인격과의 소통을 위한 개량적 정의(precising definition)를 융합적으로 분석 정리하고자 한다. 또한 위에서 언급된 인과론적 지시이론의 언어 사용 원칙을 적용하고, 논리적 사고를 가능케 하는 내포와 외연을 설명하는 방법으로 보건 등의 용어를 定義하여 본 논문의 기초로 삼고자 한다. 특히 기존의 의미와 여기에서 확립된 의미간에 간극이 큰 경우 용어상의 혼란이 우려되는바 기본적으로 여기서 정의된 용어를 사용하되 기존의 의미를 부연하는 방식을 택하기로 한다.

61) 전문가들의 용어 사용이 의미론적 지시 이론에 근거하기보다 화용론적 입장을 따른 것이라고 볼 때 근거 없는 사용이라고는 볼 수 없으나 분석과 종합을 필요로 하는 학적 인식에는 매우 큰 논쟁의 원인이 되고 있는 것으로 파악된다.

62) 고전 물리학의 언어로 현대물리학을 설명할 수 없다는 것은 누구나 아는 사실이다.

2. 보건관련 용어 定義를 위한 ‘생명’의 定義

보건 등의 용어를 정의하기에 앞서 생명에 대한 개념 정의가 필요하다. 왜냐 하면 위에서 본 바와 같이 WHO도 건강을 ‘생명체인 인간의 신체적, 정신적, 사회적으로 완전히 안녕한 상태’로 정의하고 있고, 일반적으로 보건과 의료를 넓게 또는 좁게 ‘인간 생명체의 건강을 돌보는 행위’로 본다는 점을 고려할 때 무엇이 인간생명체의 정신적, 신체적 그리고 사회적으로 완전히 안녕된 상태인지를 검토해야 한다. 우선 생명은 인간의 신체적, 심리적, 사회적 상태의 가장 기본적인 위치에서 가장 밀접하게 관계되어 있으며, 생명의 소멸과 함께 인간의 정신적, 심리적, 사회적 안녕도 소멸된다. 또한 생명체인 인간은 진화론적 관점에서 정적이지 않고 끊임없이 변화되고 있으며, 사회적 심리적 상태 또한 주변 생물학적, 사회적 환경에 따라 유동적이므로 어떤 상태가 ‘완전히 안녕 된 상태’인지 면밀한 검토가 필요하다. 이러한 검토는 생물학적, 철학적, 진화론적, 법학적 관점 모두에서 이루어져야 할 것이다.

인간의 인지기관들은 우주의 차원들에 적합하게 되어있지 않다⁶³⁾고 하며, ‘생명’ 특히 ‘인간의 생명’은 인간이 인지하기 어려운 대상(‘물자체’로서의 ‘생명’)⁶⁴⁾이다. 이러한 어려움은 ‘생명’의 탄생에 대한 다양한 주장⁶⁵⁾들이 있는 것으로도 증명된다. 그러나 여기서 설명하고자 하는 ‘생명’은 ‘생명’에 대한 다양한 입장과 주장, 이론들을 모두 포괄하고자하는 것이 아니고, 보건에 관한 권리를 설명함에 있어 필요한 범위 내에서, 보건에 관한 권리 설명에 포함되어지는 ‘생명’에 관한 일관된 관점을 밝히는데 있다.

‘생명’의 내포는 “있다고 주장되는 화학적 원소 이전의 물질들로부터, 현재 경험이 가능한, 그래서 그 존재를 확인할 수 있는 화학적 원소들의 화학적 및

63) 데틀레프 간텐/토마스 다이히만/틸로 슈팔, 인성기 역, 『지식』 이콜리오, 2005, p.19.

64) 말하자면 여기서 언급되는 ‘생명’은 단지 생물학적 생명을 의미하지 않은 열린 개념(철학적 및 신학적)의 생명을 말하고자 함이다.

65) ‘생명’의 존재에 대한 설명으로 창조설, 진화설, 태극도설 등을 예로 들 수 있다.

물리적 결합에 의한 구성체, 그리고 구성체들 간의 연관⁶⁶⁾ 등에 의해 구성되어진 것들까지, 진화의 연장선에 있는 모든 것”이라 할 수 있다. 또한 이러한 생명의 내포는 외연으로 동물, 식물, 미생물 등과 같이 감각물질들로 구성된 것과 이들에 의해 보다 사회적으로 승화된 인격⁶⁷⁾ 그리고 창발에 따른 사회, 국가 등, 진화의 과정에 있는 것과 그에 수반되는 것들에 대해 붙여진 모든 이름들이 있다. 또한 생명은 本來의 영역과 擴張된 영역 그리고 延長된 영역이 있다.⁶⁸⁾

이러한 생명에 대한 이해를 전제로 보건에 관한 권리 주체로서 개별적인 국민은 처음을 알 수 없는 과거 조상으로부터 물려받은 물질로 이루어진 핵산(DNA)에 의해 생물들의 생식 과정인 수정과 분화 과정의 배아, 그리고 심리적 기능을 갖는 태아, 신생아, 유아를 거쳐 정신작용으로 특징지어지는 성인(인격)이 되어 법률적으로 보건에 관한 온전한 주체(법인격)가 된다.

여기에서 배아에도 생명이 있는지에 대한 논란이 있지만 생물학적으로는 수정 이후의 모든 개체들에게 생명이 있다는 것은 자명한 일이다. 그러나 생명을 내포하는 외연을 갖고 있는 개체에 출생과 사망이 있다는 것과 따라서 생명이 있다는 것은 쉽게 이해할 수 있으나 구체적으로 언제부터가 생명의 시작⁶⁹⁾이고 언제가 끝⁷⁰⁾인가에 대해서는 사회적, 심리적 관점에서는 물론 생물학적으로도

66) 예를 들면 이성에 의한 추리작용

67) 인간의 정신 활동의 근본을 신체에 두면서도 신체와 다른 차원, 즉 신체와 초월적 관계에 있는 작용을 그 작용의 원인이 되는 신체와 구별 될 수 있는 하나의 개별적인 생명으로 보겠다는 의미이다.

68) 사람을 예로 든다면 인격체의 신체와 신체에 의한 정신의 영역을 인격체 생명의 본래 영역이라 할 수 있고, 한 인격체의 신체와 신체에 의한 정신 현상 밖의 현재 소유영역을 확장영역, 과거와 미래의 소유영역을 연장영역이라 할 수 있다.

69) 중세시대 수도승들은 임신(착상) 8주경이 되면 외부로부터 태아에 생명이 들어간다는 주장을 하기도 하지만 과학적 근거가 있는 것으로는 보이지 않는다. 다만 이는 이후 8주전 낙태에 대한 제한적 허용의 신학적 근거가 된 것으로 보인다. 과학을 근거로 한 이론으로 “뇌파의 종료로서 사망확정을 주장하는 입장과 맞물려 뇌파의 발생을 생명의 시점으로 보는 입장이 있다. 이는 배아 발생 후 약 40일 정도가 소요된다. 인간이란 사고하고 정신을 가진 존재라는 점을 강조하는 입장이다. …… 인간의 생명의 시기와 관련하여 우리 대법원은 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 인간의 존엄과 가치를 지닌다고 관시한바 있다, 대법원, 84도1958(1985. 6. 11)”, 최두훈, 「人間胚芽複製에 관한 憲法的 課題」, 중앙대학교 일반대학원 박사학위논문, 2004. pp.73-74.

일치된 견해를 보지 못하고 있음은 당연하다. 배아복제 등이 성공하고 있는 지금 그 시작점과 끝점을 찾는 것은 더더욱 어려워졌다.

또한 생명의 외연으로서의 각 개체는 시험관에서 만들어 질 수도 있고, 시험관에서 그 생명을 오래 동안 유지 시킬 수도 있다. 즉 배아나 정자는 아주 오래 동안 냉동 보관 될 수 있고 필요할 때 신체를 생성할 수 있는 것이다. 이러한 신체는 시간적 차원으로 구분되는 모든 과정에서 구별되는 모습의 생명의 외연이 있지만 감각적 경험에는 오직 하나의 개체(신체)를 갖는 하나의 ‘나’만 현상(presentation)이 된다. 그러나 ‘나’를 규정하는 ‘각각의 나의 현상들’에서 시간의 빗장을 제거 한다면 이러한 모든 과정의 ‘나’를 포괄할 수 있는 함축된 나를 발견할 수 있다. 즉 권리의 주체인 ‘나’는 비록 매 순간 별개의 나이지만 하나의 신체를 갖는 하나의 ‘법인격’으로 대표되고, 이 법인격에는 ‘나’의 모든 전 과정(매 순간 다른 나의 현상들)이 함축되어 있는 것이다. 이러한 함축은 곧 함축되어 있는 생명의 외연(현상되고 있는 외연)과 함축하고 있는 생명의 외연(현상 이전 또는 이후의 외연)들 각각의 관계⁷¹⁾에서 그들 각각이 어떻게 법률관계의 주체로서 성립될 수 있는가 하는 문제가 발생한다.⁷²⁾

또한 정신(mind, 마음)은 신체에 수반되는 다른 관점으로 이해된다. 그러나 마음도 신체의 각 진화 단계에서 생명의 외연에 수반되는 것들로서 파토스와 노모스, 또는 감성과 이성(지성) 내지는 이성, 혹은 물질과 생물의 중첩을 토대로 역시 중첩되어 나타나는 것으로 설명되는 심리와 정신으로 구별할 수 있다. 이들은 주로 신체와 별개로 이해되어 왔지만 현대 과학이 생명의 실체에 가깝게 접근해 가면서 신체와 하나를 이루고 있다는 주장이 점점 더 설득력을 얻어가고 있는데, 최근의 연구들은 “생각이 있으면 반드시 뇌의 화학 작용이 있고, 뇌의

70) 뇌사 설, 심장정지 설, 세포정지 설 등으로 일치되지 못하고 있다.

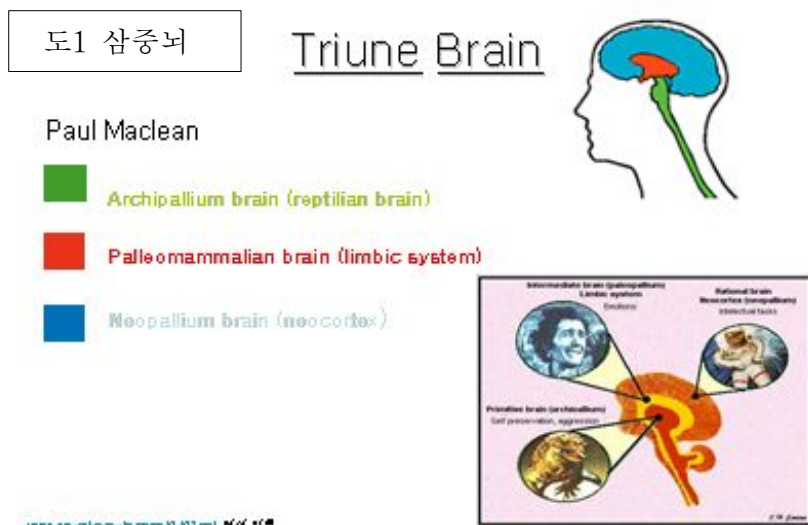
71) ‘나’라는 인격이 형성되기 전의 ‘태아’와 인격이 형성된 ‘법인격’의 관계, 혹은 자연의 ‘나’와 ‘법인격’의 나와의 관계 등을 말하며, 비유하자면 국민의 대표로서 국회의원인 ‘나’와 ‘법인격을 갖는 개인’으로서 ‘나’와의 관계 등이 있을 수 있다.

72) 극단적인 예로서 어느 시점을 중심으로 성인이 되는 사람이 그 시점 전에서부터 그 시점 후까지 이어지는 범죄를 저질렀을 경우 그 사람은 그 범죄의 법률관계에서 미성년자로서 주체가 되는가 아니면 성인으로서 주체가 되는가 하는 문제이다.

화학 작용이 있으면 반드시 생각이 있다⁷³⁾라는 말이 보여 주듯 마음은 신체에 수반되며, 신체는 마음에 따른다는 것을 보여주고 있다.⁷⁴⁾

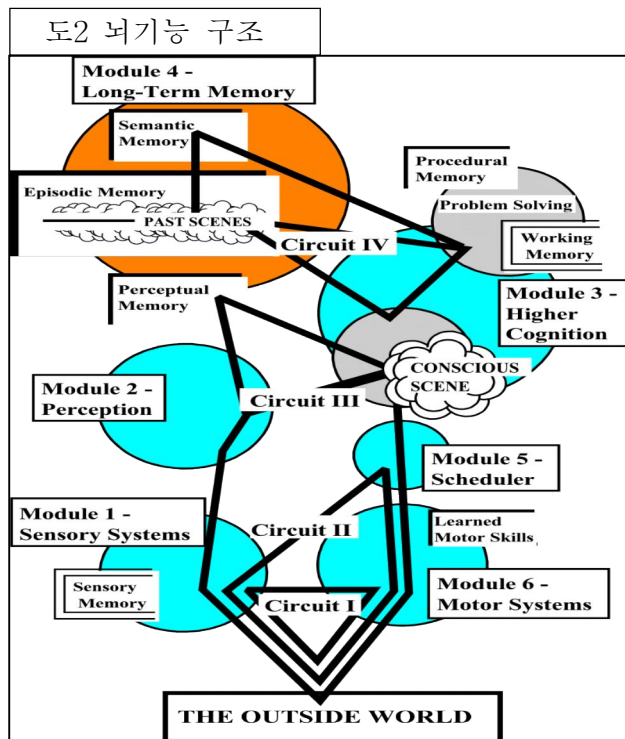
아래 ‘도1’은 뇌의 발생학적 구분에 따른 뇌의 해부학적 구조이고, ‘도2’는 뇌의 인지기능에 따른 생리학적 도식이다. ‘도3’은 칸트와 하르트만의 이론에 따른 신체(물자체)중심의 인격의 각 관점에 따른 도식이고, ‘도4’는 정신(당위)중심의 각 관점에 따른 하나의 인격에 대한 서로 다른 도식이다.

이들은 모두 법인격을 외연으로 하는 내포라는 점에서 동치이며, 각각 모두 상응하는 속성을 지니고 있고, 상응하는 속성들의 관계역시 동치라는 것을 보여주는 것이 이 도식의 핵심이다.



73) 통증은 진통제로 가라 앉고, 우울증은 항우울제로 개선되며, 흥분에 의한 심장 박동의 증가 등으로 설명 될 수 있다.

74) 성학십도의 심통성정도설에 의한 설명과 심적 작용에 의한 신체질환으로 설명이 가능하다.



Here are the four nested mental control circuits. The most primitive -Circuit I- is at the bottom of the diagram. The later circuits develop around and above the earlier ones, culminating in Circuit IV at the top. Note how more and more modules are connected up as the control circuits expand.⁷⁵⁾

75) Derek J. SMITH, "The Mind of the Rat", Cardiff School of Health Sciences University of Wales Institute, Cardiff. presentation), <http://www.smithsrisca.demon.co.uk>.

그림3 인격의 존재 중심의 세 관점

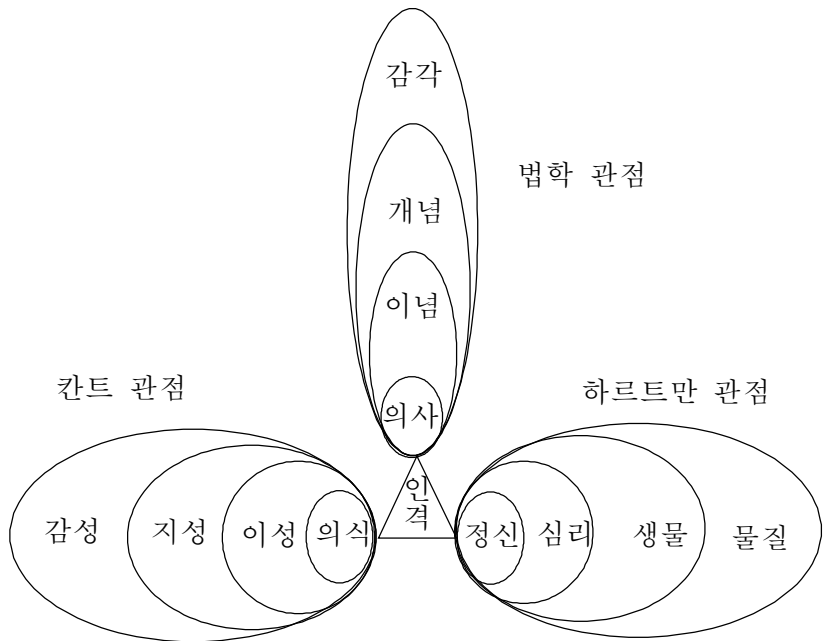
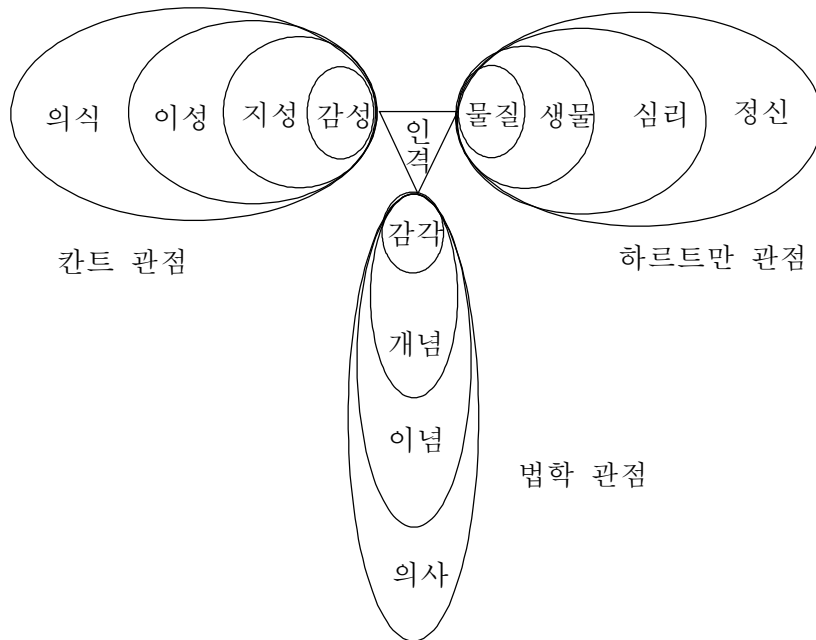


그림4 인격의 당위 중심의 세 관점



위 그림들은 인간의 해부학적 뇌 및 생리학적 뇌기능 구조와, 하르트만의 성
 층구조론에 따른 물질, 생물, 심리, 정신 층의 인격과 칸트의 순수이성 및 실천
 이성상의 심성 능력인 감성, 지성, 이성과 의식을 갖는 인격, 그리고 권리주체로
 서 인격이 함축하고 있는 의사, 이념, 개념, 감각의 구조의 함축 내지는 성층관
 계를 도식화 한 것이다. 즉 도3, 4는 도1, 2에 수반되는 것으로서 정신적 관점
 의 각 구조들이 해부학적 구조로 환원될 수 있는 가능성 또는 수반논리에 의해
 융합적 분석 체계를 구성 할 수 있는 가능성을 말해 주고 있다. 그러나 여기에
 서는 이러한 가능성의 체계구성이 목적이 아닐 뿐 아니라 본 논문의 범위를 벗
 어난 문제이다. 다만 이들 관계의 복잡성 안에서 설명되고 있는 함축 관계(존재

층간의 관계, 심성능력간의 관계, 관점의 관계)를 보전에 관한 권리의 융합적 분석의 도구로서 각 용어들의 지시 영역과 관계를 분명히 보여주는 데 있다.

즉, 권리 주체로서 인격이 감각과 개념 그리고 이념의 조화로 형성된 의식체계를 함축하고 있으며, 각 함축된 모든 층들이 여러 관점에 따라서 다르게 설명될 수 있음을 보여주고 있다. 즉 도1에서는 뇌 해부학을 중심으로 뇌의 기능을 설명하고 있고, 도2에서는 뇌의 기능을 중심으로 뇌의 생리적 구조를 설명하고 있으며, 도3의 존재 중심의 관점에서는 감각을 중심으로 의식을 드러내는 주장이고, 도4의 당위 중심의 관점에서는 의식을 중심으로 감각을 드러내는 주장이다.

이러한 어느 한편이 강조된 주장과 같이 침해가 쉽게 감각될 수 있다는 점에서 물질, 생물 층에서 자유권이, 부족은 쉽게 요구된다는 점에서 생물, 심리 층에서 사회권이, 불행은 논쟁 될 수밖에 없다는 점에서 심리, 정신 층에서 행복추구권이 강조된다. 그러나 쉽게 드러나 강조되지 않는 다고해서 그 권리가 없거나 중요하지 않은 것은 아니라는 점을 보여주는 것이 위 도1,2,3,4의 종합이다.

또한 행복은 필요와 자율을 함축하고, 필요는 자율을 함축하는 관계가, 도1,2의 해부·생리학적 관점에 수반되어 도3,4의 심리·철학적 관점에서 설명과 이해가 가능하도록, 그리고 서로 다른 철학적 관점들이 같은 층과 같은 영역에서 같은 원리(함축과 성층의 원리)에 의해 설명과 이해가 가능하도록, 그리고 이들 도식 모두는 인격을 설명해온 이들 각각에서 사용된 용어들을 인과적 지시이론을 적용한 改良的 定義(precise definition)를 통해, 존재와 당위 관계 그리고 각각에 함축된 존재와 당위들과 존재와 당위들 간의 관계를 포섭하는 융합적 분석을 위한 도식이다.

따라서 이 도식들은 기본권이 함축 또는 성층관계로 설명되어야 하는 융합적 근거이며 아래 논문 전개와 근본 전제이다.

이렇게 신체에 정신이 수반된다는 관점에서 생명은 그 외연인 신체와 신체에 수반되는 능력에 따라, 즉 생명(마음과 신체)은 자가 복제가 가능한 염기구조

(DNA)라는 물질에서, 단순한 생식과 성장 및 쇄멸의 능력을 갖는 생물, 욕구와 공포 등의 심리적 능력, 그리고 인간의 문화생활이라고 할 수 있는 정도의 능력 상태와 그 상태의 외연을 갖는다.

이러한 진화에서 생명은 진화의 어느 한 단계에 머물러 있기도 하지만, 각 단계가 중첩되어 가면서 물질, 생물, 심리 및 정신 층이 중첩된 능력을 갖는 진화된 생명과 생명의 외연이 곧 인간이라 할 수 있다.

따라서 인간이라는 생명의 외연은 생명의 상태가 그 외연과 그 외연에 수반되는 성질에서 중첩되어 있는 각 생명의 층별⁷⁶⁾ 구분이 가능하며, 그 층간의 관계에서 먼저 진화된 생명 층의 상실은 진화 후의 생명 층의 상실을 동반하지만, 후에 진화한 생명 층의 상실이 진화전의 생명 층의 상실을 가져오지 않는 관계를 갖는 역동적 상태, 즉 창발성이 더해지는 진화과정이 모두 함축되어 있는 복잡성을 갖는 성층구조로 진화해 가고 있는 상태이다.

결론적으로 본고에서 주장되는 보전에 관한 권리 주체로서 “‘생명’이란 탄생과 성숙 그리고 쇄퇴와 소멸을 갖는 진화의 진행으로 중첩되어가고 있는 역동적 상태인 ‘성층구조’로서 경우에 따라 각층이 보전에 관한 권리 주장이 가능한 개별적인 상태”⁷⁷⁾를 말한다. 이러한 생명은 생존 그 자체가 목적이 되며 모든 작용은 생존을 위해 발생하고, 공존을 통해 생명의 연장과 확장을 꾀하게 된다. 따라서 생명은 공존 없이 생명의 연장과 확장이 불가능한 것은 물론 생존 자체가 불가능하다는 것이 전제된다.⁷⁸⁾

그러나 아직도 대부분의 영역에서 이러한 정신은 생명을 내포하는 각 외연들의 생명 현상 내지는 생명 기능으로서 신체와 별개로 구분하여 그 어느 한쪽에 다른 한쪽을 종속시키려는 일원론 혹은 양자를 대등한 별개로 보려는 이원론

76) “층(Schichten, 層)이란 일종의 단계(Stufen, 段階)로서, 존재학적으로는 단계에 대한 상세한 탐구가 층인 것이다”, 양우석, 「하르트만의 세계성층사상」, 『철학논총』, 제6집, 영남철학회, 1990, p.256.

77) N. Hartman은 세상을 사물, 식물, 동물, 정신, 사회 층으로 구분할 수 있다고 한다. (존재론의 새로운길, N. 하르트만 지음, 손동현 옮김, 서광사, 1997, p. 66).

78) 기생하는 생물체가 숙주의 생존을 박탈할 경우 기생하는 생물 자체도 숙주가 없는 이상 존재 할 수 없다.

에 의한 설명이 이루어지고 있다.

권리관계 역시 이러한 이원론에 중심을 두고 있지만, 함축적 관계의 일원론에 근거를 둘 경우, 그리고 또한 보건에 관한 권리와 건강에 관한 권리가 구분된다고 전제 할 때, 대뇌피질을 손상시켜, 인격이 사라지고, 즉 인격이 내포하는 정신 층의 생명을 잃고, 식물적인 생활만을 유지하게 했을 경우, 살인죄를 적용시킬 것인지, 상해죄를 적용시킬 것인지의 문제가 제기될 수 있다는 것이다.

3. 소통을 위한 ‘保健’ 및 관련 용어의 定義

가. 몇 가지 용어의 정의

‘보건’의 의미와 범위를 분명하게 하기 위해서는 모순되고 경계가 불분명한 것들로부터 모순을 제거하고 경계를 인식할 수 있도록 하여야 한다. 그러기 위해서는 먼저 ‘保健(health care)’은 ‘健康(health)’과 구분되어 사용되어야 한다는 것을 전제한다. 즉 ‘保健’은 ‘健康을 돌보는 것’으로 보아야 한다. 이러한 구분의 실익은 보건에 관한 권리를 설명할 때 그 필요성이 좀 더 설명될 수 있을 것이다.⁷⁹⁾

‘保健은 健康을 돌보는 行爲이다.’라 할 수 있고, 健康이란 生命의 誕生, 成熟, 衰滅을 갖는 進化 作用이 順調로운 狀態를 말한다고 할 때⁸⁰⁾, 즉 보건이란

79) 건강은 신체 또는 마음의 다른 이름이라 할 수 있다. 세계보건기구의 건강에 대한 정의, “건강이란 신체적으로, 정신적으로, 사회적으로, 영적으로 안녕한 상태”라는 말에서 볼 수 있는 바와 같이 건강은 인간 생명의 특정한 상태로 결국 인간 생명을 지칭하는 것이기에, 질병을 전제로 했던 건강이 질병을 넘어선 안녕 상태로 확장됨으로서, 건강은 곧 생명권과 신체권의 대상이 된다. 따라서 건강의 침해는 곧 신체권, 생명권의 침해이지만 침해 주체가 자연인 경우 그 책임을 물을 수 없고, 다만 자연이 국가의 관리영역 안에 있을 때 그 책임을 국가에 물을 수 있는가 하는 문제는 제기 될 수 있을 것이다. 따라서 건강의 문제는 권리관계에서 결국 그 건강을 “돌보는 책임”의 문제로 귀착되는 것이다.

80) “Constitution of the World Health Organization”에서 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”로 정의 하고 있다; About WHO in SEAR Home Page, World Health Organization, 26 April. 2006, in: <http://www.searo.who.int/EN/Section898/Section1441.htm>.

“생명의 탄생, 성숙, 쇠퇴와 소멸의 과정으로 진행되는 진화 작용이 순조롭게 이루어지도록 ‘생명형식’⁸¹⁾을 돌보는 것이다.”라고 정의 할 수 있다. 다시 말하면 보건이란 생명의 탄생, 성숙, 쇠퇴를 갖는 진화 작용이 생명 내부 기관 또는 조직⁸²⁾사이에서나 생명외부 조직 또는 개체와 서로 소유⁸³⁾와 공여⁸⁴⁾의 조화를 통해 공존이 가능하도록 ‘생명형식’ 자체를 돌보는 것을 말한다.

이러한 보건은 국가에 의해서 ‘자격제도’⁸⁵⁾를 통해 보건에 관한 행위의 일반적 규제가 이루어지고 있는 보건과 규제가 없는 보건으로 구분되는데, 보통 ‘면

81) 칸트 철학에서 말한, 선천이성, 오성 형식의 설명에서 ‘형식’과 같은 의미를 갖는 것으로, 칸트는 “현상 중에서 감각과 대응하는 것을 나는 현상의 질료(質料)라고 하고 현상의 다양이 일정한 관계에 의해서 정돈되도록 하는 것을 현상의 형식이라고 한다. 감각을 정리하고 감각을 어떤 형식 속에 넣을 수 있게 하는 것 자신이 또 감각일 수가 없다. 그러므로 모든 현상의 질료는 확실히 오직 후천적으로 주어져 있으나, 그러나 현상들의 형식은 모든 감각에 대해서 심성 속에 선천적으로 이미 있어야 하고, 따라서 모든 감각에서 분리되어 고찰 될 수 있어야 된다”고 하였다. 여기서 현상을 정돈 될 수 있도록 하는 형식과 같은 의미로, 즉 ‘정언명령’의 내용이 아닌 ‘정언명령’을 만들어내는 관찰 대상으로서의 신체, 관찰 주체로서의 마음을 모두 포섭하는 것으로서의 형식을 말한다. 즉 어떻게 살아야 하는지, 무엇으로 살아야 하는지 하는 내용이 아닌, 내용을 담는 틀을 말한다. 동물성 차원 이전에서는 단지 신체를 뜻할 수 있으나, 인간성 이후에서는 오성(지성)작용 내지 이성작용을 하는 신체 생리현상, 즉 양면적 일원론에 의한 사고, 의지 등을 포함하게 된다. 즉 신체(마음)의 선천 형식과, 후천적 가치중립적 영역이다, 참고, I. kant, 최재희 역, 『순수이성비판』, 박영사, 2005, p.73.

82) 신체 각 기관간의 생리학적 관계, 심리학적 관계, 즉 각 장기간의 균형과, 본능, 자아와, 초자아와의 관계 등을 생성시키는 구조물.

83) 성장 발육을 위한 활동, 사회적 지위 확장을 위한 활동을 말한다.

84) 세대 번식을 위한 생식활동, 사랑, 인류애 등과 같은 활동을 말한다.

85) “보건의료업은 국민의 생명·건강 및 안전에 직접 관련되며 고도의 윤리성이 요구되는 분야로서 국가가 직접 관리·운영하는 국가자격에 해당된다.”라고 하고 있다, 金己敬, 保健醫療의 職業과 營業에 대한 法的規制 - 職業免許와 營業規制를 中心으로 -, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2002, p.34.

그러나 1997.3.27 법률 제5314호로 제정되고 2008. 02. 29. 법률 제8852호(정부조직법) 일부개정에 따른 자격기본법은 최근 “면허”와 “자격”을 동일하게 보려는 경향을 형성시키는 듯하나 “제1조 (목적) 이 법은 자격에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 자격제도의 관리·운영을 체계화하고 평생직업능력 개발을 촉진하여 국민의 사회경제적 지위를 높이고 능력중심사회의 구현에 이바지함을 목적으로 한다”라는 목적에서 보는 바와 같이 자격이나 면허의 형식적 관리를 목표로 한 것이지 그 내용, 즉 권리관계까지 함축하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 이법에 근거하여 그 면허나 자격의 내용을 분석하기에는 무리가 따른다고 판단된다.

허'를⁸⁶⁾⁸⁷⁾⁸⁸⁾ 통해 규제되고 있는 '保健'을 '醫療'라 하고, 이 면허에는 면허의 범위에 따른 구분⁸⁹⁾이 있으며, 면허의 범위 안에서도 국가의 資格⁹⁰⁾ 인정을 통

- 86) “관례상 자격인정제도는 상대적으로 폭 넓게 사용되고 있는 것에 반해, 면허제도는 주로 보건의약분야에서 전문대학 이상의 교육을 필수 요건으로 하고 있는 자격 분야에서 사용되고 있다. 그러나 면허제도 내지 자격인정제도라는 개념은 법적 성질이나 내용에 있어서 차이가 없기 때문에 필요에 따라 혼용하여 사용되는 경우도 있다. …… 개별법상의 국가자격은 개별법이 추구하는 입법목적을 달성하는데 필요한 전문 인력을 확보하는 목적으로 시행되고 있으며, 국가기술자격법상의 국가자격이 취업대상 자격임에 반해 개별법상의 국가자격은 명칭이 다양하며 등급이 없고 많은 경우 전문자격사로서 독립하여 영업을 할 수 있다. 이러한 개별법상의 국가자격을 합하면 120 여개에 이른다. 결국 전문자격사에 있어서 면허제도는 의약분야의 직업의 경우는 물론이고 전문적 지식과 기술이 있어야만 직업을 원활히 수행 할 수 있다고 여겨지는 직업에 대해 실시되는 제도이며, 이 면허 제도는 직업 선택의 자유를 법률적으로 전면적 금지시켜 놓은 후 일정한 자격을 갖춘 자에 한해 직업선택의 자유를 회복시켜주는 것이다. 즉 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 것처럼 국회는 국민의 직업선택의 자유를 제한 할 수 있으며, 그에 근거한 전문적 지식과 기술이 요구되는 분야에 대해 일정한 국가시험 내지 자격시험을 합격한 자에 한하여 그 직업을 선택하여 행사할 수 있게 하고 있다. 그에 근거한 관할 행정 관청이 직접 또는 위임에 의해 시험을 치러 일정한 수준에 달한 자에게 직업을 선택할 수 있는 자격을 부여하는 것이 곧 면허제도이다. 이러한 직업 선택의 허가처분은 상대적 금지에 해당하는 직업영역에 대해서만 가능성에 대하여 모든 행정법 교과서는 일치된 견해를 보이고 있다(李丞祐, 「각종 면허제도의 현실과 문제점」, 『公法研究』 第4號 第2卷, 韓國公法學會, 2000, pp.274-287).
- 87) 보건의료 직업 면허란 사회질서유지 및 공공의 이익을 위하여 보건의료 분야의 직업 활동을 원칙적으로 금지하고 일정한 자격 요건을 갖춘 자에게 보건의료업무에 종사를 허용하는 제도로서 보건의료 업무를 ‘직업’ 즉, 생존기반의 창출 및 유지를 위한 생활 수단적 활동으로 수행하도록 허용하는 것을 말한다, 참조; 92헌마 80(1993. 5. 13.); 金己敬, 앞의 논문, p.34.
- 88) 행위의 제한과 직업선택의 제한 그리고 영업의 자유는 같지 않다. 따라서 “금지된 직업의 선택의 허가”로서 ‘면허’와 “금지된 행위의 허가”로서 ‘면허’는 구분되어야 한다. 여기서 ‘의료면허’는 금지된 행위의 허가로서 면허로 보아야 한다. ‘전문의 자격’은 금지된 직업의 선택의 허가로서 자격증이 된다. 그리고 “병·의원개설 허가”는 의료업의 ‘허가’이며 “의원의 신고”는 의료업의 ‘등록’이다.
- 89) “우선 면허가 부여되는 전문직으로는 총 15종으로 의료법 제2조의 의료인인 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사를 비롯하여, 약사법 제3조 및 제3조의2의 약사, 한약사가 있으며, 의료기사 등에 관한 법률 제2조에서 규정하는 의료기사(임상병리사·방사선사·물리치료사·작업치료사·치과기공사·치과위생사), 의무기록사, 안경사가 있다.”라고 하고 있다, 앞의 논문, p.43; 그러나 여기에서 ‘약사’와 ‘한약사’를 보건 분야의 면허로 보는 것은 잘못된 것으로 판단되며 이들은 보건과 관련된 “과학 기술자격”, 즉 인체를 대상으로 한 자격이 아니라 약품을 대상으로 한 자격으로 중요한 구별 이익이 있다. 그러나 최근 약사단체를 중심으로 그 대상을 약품난이 아닌 인체로 확장시키려는 시도가 있다. 그 이유는 아래논지에서 따로 설명한다.

해 그 직업의 선택을 가능하게 하고 있다.

이와 같이 보건은 자격을 필요로 하는 행위와 자격을 필요로 하지 않는 행위로 구분하면서 면허를 필요로 하는 행위를 “의료”라하고 면허가 필요 없는 보건을 “보건”이라는 표현으로 비교적 구분된 사용이 되어 왔으나, 최근엔 보건의료, 의료보건, 공중보건과 함께 구분이 모호한 상태로 사용되고 있는 실정이다.

따라서 본고에서는 용어의 혼란을 방지하기 위하여 “醫療”은 국가자격(免許)을 필요로 하는 保健을 말하고 保健에서 資格을 필요로 하지 않는 保健을 “養生”⁹¹⁾(體育과 榮養 등)이란 용어를 사용하기로 한다. 즉 ‘保健’은 국가자격을 필요로 하지 않는 ‘養生’과 국가자격을 필요로 하는 ‘醫療’를 모두 포함한다. 그러나 법률이나 다른 논문에서 이러한 구분이 없는 만큼 이러한 관련된 용어를 인용할 경우 그 용어를 그대로 인용 하면서 가능한 한 여기서 정의 한 바와 같이 ‘養生’과 ‘醫療’ 그리고 ‘保健’을 구분하여 의미 파악이 되도록 하고자 한다. 이를 정리하면 다음과 같다.

표 1. 보건의 정의 및 의료와 양생의 속성

구 분	보 건	
	의 료	양 생
보건의 정의	생명의 탄생, 성숙, 진화 작용이 생명 내부 기관 또는 조직 사이에서나 생명 외부 조직 또는 개체와 서로 소유와 공여의 조화를 통해 공존이 가능하도록 생명형식 자체를 돌보는 것을 말한다.	
기술 적용의 보편성	개별적이고, 일시적이다.	보편적이고, 지속적이다
기술 시술의 제약성	면허 없이 시술할 수 없다.	면허 없이 누구나 시술 할 수 있다.
기술 습득의 용이성	전문 교육과 실습이 필요	일반 교육이나 일상에서 지식 습득이 가능하다.

90) 참조, 金己敬, 앞의 논문, p.34; 李丞祐, 앞의 논문, pp.274-287.

91) “[양 : 一][養生] <명사> ① 오래 살기 위해 몸과 마음을 편안히 하고 병에 걸리지 않게 노력함. <동의어> 섭생(攝生). 섭양(攝養). <참고> 보양(保養) ② …… 사실 현대에 들어 양생은 체육과 영양으로 제도화 되고 있다, 『야후 국어사전』 (<http://kr.dic.yahoo.com/search/kor/>).

또한 保健은 돌봄의 대상이 되는 신체의 상태를 기준으로 豫防, 즉 ‘疾病⁹²⁾의 豫防(prevention of disease)’이 중심이 되는 ‘健康的 保護’, 治療, 즉 ‘疾病의 治療(treatment of disease)’가 중심이 되는 ‘健康的 回復’, 그리고 건강의 상태를 좀 더 강화 시키는 ‘健康的 增進(enhancement of health)’⁹³⁾의 방법이 있다.

여기서 보건과 관련하여 특히 의미 있는 것은 질병의 예방이다. 협의의 예방은 질병의 발생을 사전에 억제하는 것이지만 광의로 볼 때는 예방 단계를 세 가지 차원으로 분류 할 수 있다. 즉 1차적 예방은 신체의 기능 장애나 질병보다는 생체의 조절기능이 변해가는 과정에 깊은 관심을 가지고, 대상기능이 완전히 파탄되기 이전에 예방조치를 취하여 건강한 사람이 병들지 않고, 그들의 건강 상태를 최고 수준으로 향상시키도록 노력하는 것이다. 이 단계는 비단 전염병이나 만성 퇴행성 질환 등의 질병을 예방하는 데 한정된 것이 아니고 상해방지도 포함된다. 2차적 예방은 질병 초기 또는 임상 질환시기에 적용 되는 것으로 건강을 해쳐서 질병 상태에 있는 사람은 물론 어떤 질병에 걸릴 가능성이 있는 개인

92) "각각의 질병에 대해서 의사와 환자는 각각 다른 설명 틀을 가지고 있다. 즉 의료인이 가지는 설명 모형과 일반인이 가지는 설명 모형이 다른데, 이것이 의사와 환자간의 의사소통(medical communication)에 장애가 된다고 한다. 또한 같은 사람이라도 건강할 때와 그 질병에 걸린 다음의 설명 모형이 다르다. 의료인과의 접촉을 해나가는 과정과 상황에 따라 환자의 설명모형은 변화해 간다고 한다. 의료인과의 접촉을 해나가는 과정과 상황에 따라 환자의 설명모형은 변화해 간다고 한다. 마찬가지로 의사도 각각 자신의 의학적 배경에 따른 설명 모형을 가지고 있는 한편 환자에게 설명을 해주기 위한 설명 모형을 별도로 가지고 있다고 한다. 만일 의사가 환자의 질병 개념을 잘 이해하고 환자에게 이해 가능한 설명 체계를 가지고 있다면 임상적 진료와 환자의 교육 등에서 유용하게 쓰일 수 있을 것이다. 예방의학과 공중보건 편집 위원회, 『예방의학과 공중보건』, 계축문화사, 2003, p.555.

93) "건강은 우리의 노력으로 생활 방식의 개선으로 더 나은 상태로 증진 시킬 수 있다는 사실에 근거하여 건강증진(promotion of health)이란 개념과 용어가 나온 것이며 글자 그대로의 의미를 가진 보통 명사가 아니다."(위의 책, p.491) 여기서 사용된 health promotion과 일반적으로 사용되는 health enhancement 가 모두 "건강 증진"으로 오해되기 쉽다. 이러한 오해를 피하기 위해 health enhancement 를 "건강의 증진"으로, 즉 "건강의 증진"은 "health enhancement"와 동치이다. 그러나 사실 "health promotion"은 "health enhancement"를 함축하고 있다는 점에서 "건강 조장"이란 번역이 더 분명한 의미의 번역이라 생각된다.

또는 집단에 대하여, 개별적 또는 집단적으로 건강진단을 실시하여 질병을 될 수 있으면 빨리 찾아내고 적절한 의료 혜택을 받도록 하여 질병의 진행을 늦추고, 합병증 및 후유증을 방지하여 빠른 시일 내에 원래의 건강 상태를 되찾도록 주선하는 것을 말한다. 마지막으로 3차적 예방은 질병에 대한 치료를 하였음에도 불구하고 심신의 장애를 남긴 사람들에게 물리학적 치료를 실시하여 장애된 신체기능 등을 회복시키거나, 기능 장애를 최소한으로 경감시키고 남아 있는 기능 등을 최대한으로 활용하게 하여 정상적인 사회생활을 할 수 있도록 직업 훈련을 시켜 주는 것 등으로 재활(再活, rehabilitation)이라고도 한다.⁹⁴⁾ 본고에서는 예방행위를 분명하게 하기 위해서 “1차 예방”을 “질병의 예방”, “2차 예방”을 “예방 목적의 질병의 치료”, “3차 예방”을 “예방 목적의 건강의 증진”으로 표현하고자 한다. 단순히 “예방”이라 할 때는 “1차 예방”, 즉 “질병의 예방”을 의미 한다.

또한 여기에서 “건강의 보호”는 “질병의 예방”이란 의미를 함축하고, “건강의 회복”은 “질병의 치료”란 의미를 함축한다. “건강의 보호”와 “건강의 회복” 그리고 “건강의 증진”은 서로 다른 영역이다. 따라서 “질병의 예방”, “질병의 치료”, “건강의 증진” 역시 서로 다른 영역으로, 행위의 관점에서 즉 행위를 지시함에 있어 “질병의 예방”은 “건강의 보호”에 함축된 의미를 갖는 것으로서 “건강의 보호”를 대신할 수 있고, “질병의 치료”는 “건강의 회복”이란 의미에 함축된 것으로서 “건강의 회복”을 대신 할 수 있다.

따라서 보건에서 일반적으로 소통되고 있는 “질병의 예방”, “질병의 치료”란 용어를 사용하고, 각각의 영역에 함축된 것과 다른 설명이 필요할 경우 그 내용을 따로 부연 설명하는 방식으로 논술하고자 한다.

그러나 건강의 예방, 치료, 증진 행위 내용이 행위 본래 목적과 다를 경우에는 행위목적에 앞에, 지시되는 행위를 뒤에 서술하기로 한다. 말하자면 “예방 목적의 질병의 치료”⁹⁵⁾, “예방 목적의 건강의 증진”⁹⁶⁾, “치료 목적의 건강의

94) 위의 책, pp.11-12.

95) 예를 들면, 고혈압의 치료는 고혈압의 합병증, 즉 뇌졸중 등의 예방을 위해서 이루

증진”⁹⁷⁾ 등으로 서술하여 그 행위목적과 행위내용이 용어에서 발견 될 수 있도록 하고자 한다.

그리고 보건에 관한 자원을 공공재⁹⁸⁾로 볼 것인가의 문제가 제기되고 있는데 여기서 일반적으로 공공재란 모두에게 이익이 되는 것으로서 ‘公共善財’를 지칭하고 있지만, 모두에게 이익이 되지 않고 모두에게 부담이 되는 것 ‘公共負財’도 있다. 따라서 원칙적으로 공공재는 공공선재와 공공부재를 의미하나, 일반적으로 공공재는 공공선재를 의미하는 것으로 이해되어 왔기 때문에 일반적 용어사용의 관례에 따라 공공선재를 공공재를 사용하되 공공부재와 대비되는 상황에서는 ‘공공부재’와 대비하여 ‘공공선재’란 용어를 같이 사용하기도 하고자 한다.

나. 保健의 특성과 公共財로서의 성질

保健은 技術⁹⁹⁾이라는 관점에서 그 특성에 대한 설명은 보건이라는 용어보다 ‘醫療’라는 용어로 더 잘 이해될 수 있는데 이는 養生보다 醫療에서 그 특성

어질 경우, 결핵 감염이 인정되고 발병이 예상될 경우 미리 화학치료를 실시하는 경우 등이다.

96) 예를 들면 심혈관 질환 예방을 위한 비만관리 등.

97) 예를 들면 근육 질환 등이 치료는 되었으나 건강상태가 충분하지 못하지 못할 때 실시하는 (재활)운동 요법을 들 수 있다.

98) 公共財 public goods란 모든 개인이 공동으로 누리는 재화이다. 공공재는 사적(私的) 재(財)에 대한 대칭적 개념으로서 공공부문에서 공공목적으로 공급되는 재화라고 할 수 있다. 사회재 또는 집합재라고도 부른다. 공공재는 어떤 재화를 개인 A가 소비할 때 그 재화에 대한 개인 B의 소비를 감소시키지 않으며, 또한 A 이외의 잠재적 소비자들을 그 재화의 소비로부터 배제할 수 없는 경우에 해당하는 재화라고도 정의할 수 있다. A의 소비가 B의 소비를 감소시킬 수 없다는 사실은 재화가 분할될 수 없다는 ‘비분할성’을 의미하며, 잠재적 소비자의 배제가 불가능하다는 사실은 소비의 ‘비배제성 원리’가 적용된다는 것을 뜻한다, 참조, 『야후백과사전』 in: <http://kr.dic.yahoo.com/search/enc/>; 파스칼대백과.

99) “의학영역에서 의미하는 기술(Kunst; 기예 또는 예술이라고 번역하기도 함=역주)은 그리스인들이 말하는 ‘테크네’, 즉 우리가 응용기술이나 응용과학을 말할 때 기술이나 과학이라는 의미의 것과는 모든 면에서 일치 하지 않는다. 아리스토텔레스는 의학을 순전히 실천적으로 쌓아 올린 기술과 지식을 진정한 과학의 영역으로 전환시키는 모범적인 사례로 간주한다, 한스 게오르크 가다머, 이유선 옮김, 앞의 책, pp.57-58.

이 잘 드러나고 있고, 역사적으로도 保健이 醫療를 중심으로 발전하여 왔기 때문이다. 또한 醫療와 養生은 保健이라는 技術의 특성에서 동치이다. 이러한 점에서 保健이라는 技術은 다른 기술과는 달리 자신의 작품을 만드는 기술이 아니라, 이미 만들어져 있는, 그리고 다시 만들어질 수 없는 것의 잘못된 것을 회복시키거나 平衡을 이루게 해주는 性質¹⁰⁰⁾을 갖는다.

실제로 어느 국가나 의료는 국가에 의해 그 행위가 一般的으로 禁止 되어 있고, 職業으로서의 선택 역시 許可 또는 登錄을 통해 관리 되고 있으며, 관련된 人的 資源은 국가에 의해 철저하게 統制될 뿐만 아니라, 그 供給 역시 需要에 따른 市場原理가 아닌 必要에 따른 供給을 원칙으로 한다는 점에서 公共財이다. 養生의 경우 그 다양성과 국가 개입이 매우 적다는 점에서 현실적으로는 공공재적 성격이 약하나 본질적인 면에서는 그 기술적 특성이 醫療와 同値라는 점에서 養生 역시 公共財로 볼 수 있다.

다. 보건의 外延과 分類가 주는 意味

保健의 外延은 위에서 본 바와 같이 保健(養生)과 醫療로 구분되는 바, 이

100) 가다머는 그의 책에서 “의사는 특정분야에서 숙련된 약제사나 산파보다 다소 경험에 적응지라도 그의 지식은 근본적으로 성격이 다르다. 즉 그는 보편적인 것을 파악하고 있다. 그는 특정한 치료 방식이 성공적인 이유를 알고 있다. 의사가 밝히고자 하는 것은 원인과 결과의 상호작용이기 때문에 그 효과 또한 이해하고 있는 것이다. …… 그리스의 테크네라는 개념은 이론적인 지식의 실천적 적용을 의미하는 것이 아니라 실천적 지식의 특정한 형태를 나타낸다. 테크네란 물건을 만드는 데서 특별하고 믿을 만한 능력을 구성하는 지식이다. 이 개념은 처음부터 제작의 영역과 관련되었으며, 테크네란 말도 제작 영역에서 처음 등장했다. 이것은 분명한 바탕위에서 스스로 무엇을 하는지 알고 있는 독특한 제작 능력을 뜻한다. …… 무엇을 제작한다는 것은 독립적인 어떤 것이 실제로 만들어진다는 것, 다시 말해 다른 사람으로 하여금 사용할 수 있도록 하기 위해 양도된다는 사실에서 완성된다. …… 우리가 ‘과학’이라고 일컫는 것이 존재하기 전부터 있어 온 ‘기술 Kunst’ 개념의 영역 안에서 의술이 차지한 위치는 매우 예외적이었다. 왜냐하면 여기에는 기술을 갖고 행하는 ‘작업’이나 ‘인위적인’ 산물이 없기 때문이다. 의술 영역에서는 분석을 위해 미리 주어진 재료라든가, 기술을 사용하여 새로운 형태로 만들어 낼 수 있는 재료 같은 것은 존재하지 않는다. 오히려 의술에서의 제작 능력이란 어떤 것을 재생·회복시키는 능력을 말하며, 이것이 의술의 본질이라고 말할 수 있다”고 언급하였다, 위의 책, pp.58-59.

중 醫療는 비교적 그 면허 제도에 의해 구체적인 外延을 명확히 할 수 있으나, 養生은 體育과 榮養 등 구체적 외형을 갖추고 있는 外延도 있지만 아직 제도로 편입되지 않아 구체적 外延을 모두 나열하기 어려운 것도 많다. 즉, 醫療는 그 外延¹⁰¹⁾을 모두 나열 할 수 있겠으나 保健(養生)의 경우는 體育, 榮養, 衛生 등 그 外延이 비교적 분명한 것도 있지만 요가, 참선, 뜸, 수지침, 웃음치료, 맛사지 등 보건의 외연인지가 불분명한 것도 있으므로, 民間 資格 중심으로 나열된 일부 外延¹⁰²⁾만을 보여 줄 수밖에 없다. 따라서 ‘免許’와 ‘資格’ 그리고 ‘許可’ 및 ‘登錄’으로 관리되는 ‘醫療’는 그 대상이 분명하고 통제가 가능함에 반하여 保健(養生)의 경우 그 外延조차 불분명 하여 國家管理가 이루어지기 어렵고, 설사 잘못된 보건행위라 하더라도 건강에 미치는 영향도 중대하지 않으므로 국민의 자유영역으로 분류함이 타당할 것이다.

따라서 ‘醫療’와 ‘養生(保健)’ 모두가 保健을 구성하고 있는 것들로서 모두가 가능한 한 외연을 분명하게 하여 통제 가능한 상태로 하는 것이 헌법 제36조 제3항이 말하는 “모든 국민은 보건에 대하여 국가의 보호를 받는다.”라는 규정에 부합할 것이다. 특히 保健에 관한 民間資格과 관련하여, 보건도 공공재란 점을 고려할 때 이를 ‘醫療’와 ‘養生’으로 구분한 뒤 국가에 의한 資格附與와 管理가 필요하고, 점차적으로 國家資格으로의 轉換함이 필요하다.

101) OECD 보건통계에서는 보건부문 종사자 부문을 보건부문 총 종사자 수, 병원 총 종사자 수, 활동 의사 수, 활동 일반의사 수, 활동 전문의 수, 활동 치과의사 수, 활동 약사 수, 활동 간호사 수 등 총 9개 항목으로 구분하고 있다, 임금자·최진우·김계현·김한나, 「보건의료 통계 분석 - OECD 보건통계 자료를 기초로 -」, 의료정책연구소, 2007. 12.

102) 현재의 보완의학을 포함한 국내 건강 관련 민간자격을 “대체의학사, 심리상담사, 비만관리사, 스포츠마사지사, 발 마사지사, 운동처방지도자, 임상심리전문가, 심리치료사, 언어치료사, 행동치료사 레크리에이션 치료사”를 예로 들고 있다. 그런데 이들에서 ‘의료’의 주요 판단 기준이 되는 ‘치료’라는 용어가 사용되고 있다, 의료정책연구소, 「2007년 의료관련 주요관례에 대한 조사·분석」, 2008.

4. 세계 각국의 보건에 관한 권리¹⁰³⁾

세계 여러 나라의 보건에 관한 권리 역시 우리나라의 경우와 마찬가지로 건강(health)권과 보건(health care)권으로 명확하게 구분 되지 않은 상태¹⁰⁴⁾에
서 결국은 국민의 건강을 목적으로 하지만 그 권리 내용에 있어서는 보건의 될
수밖에 없는 것을 볼 수 있다¹⁰⁵⁾.

103) 그 나라의 제도 전반에 관한 이해 없이 그 나라의 제도의 일부를 인용하는 것은 오해의 가능성이 매우 크다. 따라서 여기에서 인용되고 있는 세계 각국의 보건에 관한 권리는 보건에 관한 논문에서 인용되고 있는 보건에 관한 권리를 용어의 수준에서 그 내용을 소개하는 정도로 한정하겠다.

104) B. Toebes. *The right to health*, in: A. Eide/C. Krause/A. Rosas(eds.), *Economic, social and cultural Right: A Textbook*. 2nd ed. Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 169-190; B. Toebes. *The right to health as a human right in international law*, Antwerpen et al., Intersentia, 1999; S. D. Jamar, *The International Human Right to Health*. -S.U.L. Rev., 1994, p.1; V. Leary, *The Right to Health in International Human Right Law-Health and Human Right*, 1994, Vol. 1, No. 1, p.24; E.g, *The Revised European Social Charter(hereinafter:ESC)*, *The right to "health protection"*, article 11 is entitled "*The right to protection of health*", in: A. Exter, H. Herrmans(eds.), *The right to "health care" - The Right to Health care in Several European Countries*, The Hague, London, Boston, Kluwer, 1999; T.J. Bole III/W.B. Bondeson(eds.), *Right to health Care*. Dordrecht et al., Kluwer Academic Publisher, 1990. *has been included in the human right discussion already for considerable time.*(Taavi Annus, Ants Nõmper, "*The Right to Health Protection in the Estonian Constitution*", 『*Juridica international VII*』, 2002. p.117; http://www.juridica.ee/get_doc.php?id=431 (최종방문일 2009. 11. 26).

105) It is inevitable that no state can guarantee a healthy life for everyone. ... As health "is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity", reason for lacking health can be various. Socio-economic reasons such as unhealthy nutrition, unsanitary living conditions and unhealthy working practices certainly play a role. For many disease, the unhealthy person is responsible himself or herself, for example due to smoking or too little exercise. It is obvious that the state cannot be responsible for each and every healthy -related problem. Also, the state cannot be held responsible for curing all health-related problem. The enforceability of social rights in the courts(justiciability)is clearly controversial. Therefore, the rights to health protection should be also be justiciable in principle. The most

비록 많은 나라에서 다양한 표현으로¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾ 보건에 관한 권리를 헌법상에 표현하고 있으나, 해체 전 소련 헌법의 명확한 규정과 의료자원의 국가 소유로 무상제공 되었던 것¹⁰⁸⁾을 제외하고는 현실에서 대부분 급부주장이 가능한 권리로 인정받지 못하고 있다. 이러한 이유는 보건에 관한 권리가 당연히 실체적 권

important consideration behind not recognising justiciability of the right to health protection is the financial one, Taavi Annus/Ants Nõmper, "The Right to Health Protection in the Estonian Constitution", in: 『Juridica international VII』, 2002, pp. 118-120.

- 106) 대한민국헌법 제36조는3항은 영문으로, The health of all citizens shall be protected by the State.”로 소개되고 있다.

http://english.court.go.kr/home/att_file/download/Constitution_of_the_republic_of_korea.pdf, 최종방문 2009. 12. 01.

- 107) 1946년 9. 29일 공포된 불란서 제4공화국헌법 전문은 “국가는 모든 자, 특히 아동 모친 및 노년 근로자에 대한 보건, 물질적 안정, 휴양 및 여가를 보장한다”고 규정하고 있고, 1946년 11월 3일 공포된 일본국 헌법 제3장(국민의 권리 및 의무) 제25조는, “모든 국민은 건강하며, 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다. 국가는 모든 생활부면에 있어서 사회복지, 사회보장, 공중위생의 향상 및 증진에 노력을 아끼지 않으면 아니 된다(第二五條〔生存權、國の社會的使命〕①すべて國民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む權利を有する。②國は、すべての生活部面について、社會福祉、社會保障及び公衆衛生の向上及び増進に 努めなければならない。)고 규정하고 있고, 1874년 5월 29일 공포된 瑞西聯邦헌법 제69조(인간 및 동물의 질병 예방)는, “연방은 인간 및 동물의 전염성 또는 고도의 전파성 또는 악성의 질병의 구제를 위한 법률을 정하는 권능을 갖는다”고, 1936년 12월 5일 공포된 소련연방헌법 제10장(인민의 기본적인 권리와 의무)의 제120조(사회보장)는 “소련방인민은 노령, 질병, 또는 노동능력 상실시에 생활 보장을 받을 권리를 가진다. 이 권리는 국가비용에 의한 노동자 및 사회 구성원의 사회보장의 광범한 발전, 노동자에 대한 무료의료사업 및 노동자의 이용을 위한 보양지의 광범위한 조직망에 의하여 보장된다”고 규정하고 있다. 홍재욱, 주요국 헌법의 건강에 관한 법조문고, 청주교육대학교 논문집 제13집, 1977.

- 108) In this respect, the provisions of the Constitution of the Soviet Union were radically different, providing for the maintenance of a net of health care facilities(article 24) and for the right to health care(article 42). This right was assured in practice in several ways, including the provision of qualified health care service for free in state-owned health care facilities, implementation of comprehensive disease prevention program, etc. The ability to provide services for free had to do with the communist economy system, which kept salaries of doctors low, set forth fixed prices for infrastructure services rendered to health care facilities and allowed to use mainly only low priced domestic pharmaceuticals and medical equipment, Taavi Annus/Ants Nõmper, "The Right to Health Protection in the Estonian Constitution", 『Juridica international VII』, 2002. p.117.

리로서 보장되어야 한다는 인식은 있었지만 다만 어떻게, 얼마만큼 보장 되어야 할 것인가 하는 방법을 찾지 못했을 뿐만 아니라 국가재정의 한계 때문에 헌법상 주관적 권리로서 인정 되지 못하거나 아예 표현하지 못했던 것으로 보인다.

그러나 인권의 확장과 그 보장 강화의 필요성을 인정하는 세계적인 추세¹⁰⁹⁾는 인권에 관한 국제적인 협약을 이끌어 내고, 이를 근거로 법을 개정하거나 기존 규정으로부터 해석을 이끌어 내어 보건에 관한 권리를 구체적 권리로서 확립해 가고 있는 것으로 보인다.¹¹⁰⁾¹¹¹⁾

109)The Universal Declaration of Human Rights (1948) Article 25.1은, “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services…….”라고 선언하고 있다. 또한, American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) Article 11은, “Every person has the right to the preservation of his health through sanitary and social measures relating to food, clothing, housing and medical care, to the extent permitted by public and community resources.”라고 선언하고 있다. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1969) Article 5 (e) (iv)은, “States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights: [……] The right to public health, medical care, social security and social services…….”라고 규정하고 있다. 우리나라도 가입되어 있는 The International Covenant on Social and Economic Rights(1976) Article 12은, “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”고 규정하고 있다. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1981) Article 12은, “States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning”라고 규정하고 있다. Convention on the Rights of the Child (1990) Article 24는, “States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services”라고 규정하고 있다, Kathrin Rüegg, 2009, p.4.

110) Estonia has recently ratified several international document regulating more or less directly the right to health protection. Such provisions are included

이러한 보건에 관한 권리는 대체적으로 보건에 관한 자유, 보건에 관한 필요, 보건에 관한 행복의 영역이라는 세 가지 영역에서 논의 될 수 있다.¹¹²⁾

in the 1948 Universal Declaration of Human Right(article 25(1)), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights(article 12(2) d) and the European Social Charter(article 11, 12 and 13), as well as in more specific human rights treaties such as the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women(article 12), Convention on the Right of the Child(article 24) and the Convention on Human Right and Biomedicine(article 3). Estonia is also a member of the World Health Organization, whose Constitution states that the “enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental right of every human being”. The most recent human right instrument, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, also provides for the right to health care(article 35;“Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all union policies and activities”, Taavi Annus/Ants Nõmper, “The Right to Health Protection in the Estonian Constitution”, 『Juridica international VII』, 2002. p.119.

111) Neither the U.S. federal nor state governments have recognized the basic human right to health care. But activists across the country have been building a growing popular movement for the recognition of the right to health care in practical, policy, and local setting. An explicit inclusion of such a right in state constitutions is one vehicle for this effort.(Kathrin Rüchag, “Embedding the Human Right to Health Care in U.S. State Constitutions”, 『A Progress Review and Lessons for Advocates Working Do healthprepared by Kathrin Rüchag for the Human Right to Health Program, a project of the National for Adv & n Right Rights Initiative (NE RI) and the National Health Law Program (NHeLP)』, February 2009, p.3, 참고, www.nesri.org/programs/Constitutional_Amendment_Report_2-09.pdf. (최종방문일 2009. 11. 28).

112) We do not follow this widely used distinction, but discuss three types of the most common rights concerning the health protection: the liberal right to non-interference by state, the right to “underlying conditions” for healthy life and right to health care, Taavi Annus/Ants Nõmper, “The Right to Health Protection in the Estonian Constitution”, 『Juridica international VII』, 2002. p.121.

第3章 보건권에 관한 헌법의 규정

제1절 序

憲法 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있다. 동 헌법 규정에서 ‘모든 국민의 保健에 관한 국가의 保護’가 본 장의 핵심 주제이다. 즉 ‘保健의 保護’¹¹³⁾가 國民의 어떤 權利인가 하는 점이다.

형식적으로 헌법 제36조 제3항이 기본권 목록에 열거되어 있다는 점에서 ‘보건의 보호’는 국민의 인권 또는 기본권이다. 그런데 여기서 우선 “인권 또는 기본권이란 인간이 인간답게 살기 위한 기본적 조건이 하나의 권리 형태로 나타나는 것”¹¹⁴⁾이란 점을 상기할 필요가 있다.

그러나 이러한 기본권은 역사적으로 진화하고 있으며, 현재는 제3세대 인권이 등장하였다. 제3세대 인권이란, 자유권적 기본권을 내용으로 하는 시민적·정치적 권리를 제1세대 인권이라 하고, 사회적 기본권에 해당되는 경제적·사회적·문화적 권리를 제2세대 인권이라 할 때 이것과는 다른 새로운 인권을 가리키는 것으로서, 경제발전권·평화권·환경권·인류 공동의 유산에 대한 소유권 및 인간적 도움을 받을 권리 등이 이에 해당된다.¹¹⁵⁾ 그런데 진화된 각 세대의 인권간의 관계는, 제3세대 인권은 제1세대를 함축한 제2세대의 인권을 함축하고, 제2세대는 제1세대를 함축하고 있는 관계로서, 권리주체인 생명을 내포로 하는 외연들에서와 마찬가지로 성층구조를 이루고 있다. 따라서 보건에 관한 권리의 이해와 개념정의는 사회 또는 국가에 대한 이해가 전제되어야 한다.

113) ‘보건의 보호’와 ‘건강의 보호’에서 보호의 대상이 다를을 구분해야 한다. 즉 건강을 돌보는 행위는 ‘건강의 보호’(health care 또는 health protect)이고, 건강을 돌보는 행위의 보호는 ‘보건의 보호’(protect for health care 또는 right to health care)이다.

114) 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.189.

115) 위의 책, p.193.

1. 관계 당사자로서 국가와 사회

‘사회’란 야후 백과사전¹¹⁶⁾에 의하면, “서로 협력하며 공동생활을 하는 인류의 집단”이다. 하지만 “남여 개인과 가족이 있을 뿐이지 사회란 없다”¹¹⁷⁾라는 말도 있고, “일본어에는 사회(society)에 해당하는 말이 없었고, 이는 일본에 society에 대응할 만한 현실이 없었다”¹¹⁸⁾는 의미로 이해할 때 ‘사회’란 경계가 분명하고 모두에게 공통적인 설명을 주는 단어는 아니라고 할 수 있다.

하지만 대체적으로 사회란 의사소통이 이루어지고 있는 사람 사이의 관계 상태, 특히 좀 더 친밀한 관계 상태를¹¹⁹⁾ 말함이며, 여기에는 권력에 의한 의도된 조직이나, 신분 계급에 의해 형성되지 않으면서 구성되는 개개인의 자율성¹²⁰⁾ 강조되는 인간집단이라고 이해되기도 한다.

이렇게 볼 때 사회는 생명 진화의 연장선에서 개인 생명의 확장으로, 즉 진화된 형태로 공동 인식과 공감이가 가능한 인격들의 결합(관계) 형태인 창발된 생명형식이라 할 수 있다. 따라서 사회는 인격들의 결합(관계) 형태라 할 때 서로 관계되는 인격 존재에 대한 수용이 전제되는 것이고, 인격이 배제되지 않을 때

116) 사회(社會 society)란 “서로 협력하며 공동생활을 하는 인류의 집단, 또는 온갖 형태의 인간의 집단적 생활. 원어는 결합·교제·모임·동료·사교 등의 뜻을 지니며, 공동 집회장에서의 여러 개인 상호간의 교류(커뮤니케이션)라는 집합행위를 나타내는 말이다.”라고 한다, 『야후 백과사전』, 파스칼대백과, 「사회」, <<http://kr.dic.yahoo.com/search/enc/>>.

117) 영국 수상이었던 대처여사는 사회의 존재 자체를 의심했다고 한다(사회학, 리처드 오스본 지음, 보린 반 룬 그림, 윤길순 옮김, 김영사, 1996. p. 10).

118) 야나부 아키라, 서혜영 옮김, 『번역어 성립사정』, 일빛, 2003, p.14.

119) 1933년에 출간된 옥스퍼드 영어사전에서 “society란 1) 동료인 사람들과의 결합, 특히 벗끼리의 친밀함이 담긴 결합, 동료끼리의 모임. 2) 같은 종류의 것끼리의 결합, 모임, 교제에서의 생활 태도, 또는 생활 조건. 조화를 이룬 공존이나 상호이익, 방위 등을 위해 개인의 집합체가 이용하는 생활 조직, 방식”이다, 앞의 책, p.17.

120) 1933년 옥스퍼드의 사전적 의미로 볼 때 1)을 의미하는 인관관계는 일본에도 있었으나, 2)의 의미의 넓은 범위의 인간관계는 존재하지 않았다는 것이다. 단 그와 유사한 조직(쿠니-國, 한-藩)이 있었으나 이들은 모두 신분관계로 존재했다고 보았다, 앞의 책, p.17.

사회는 존재하는 것이므로, 여기서 인격은 개체로서의 인격임과 동시에 보편자로서의 인격, 즉 보편성과 개별성을 모두 갖는다. 따라서 개별성의 상실은 곧 보편성의 상실을 의미하며, 타 인격의 배제는 곧 사회성의 배제이다. 따라서 개별성은 관계에서 어떤 경우에도 배제되지 않을 때 보편성을 갖게 되며, 어떤 경우에든 개별성의 인격을 배제한다 함은 관계의 상실을 의미하고, 곧 사회성이 사라지며 보편성도 존재하지 않는 개별성만 존재한다. 인격의 보편성과 사회성이 없는 개별성은 사회에 존재할 수 없다.

이러한 사회를 함축하고 있는 국가(또는 국가사회)는 사전적 의미¹²¹⁾로 “자연사회(地緣社會)에 성립하는 정치조직”이며, “여기에 거주하는 사람들에 대해 배타적인 통제가 미치는 통치기구를 갖추고 있는 점에 그 특징이 있다”, 또한 일부에서는 ‘국가는 사회의 한 기능이며 부분조직’¹²²⁾이라고 주장하기도 하지만, 다른 쪽에서는 주권을 가진 정치적인 통일체로서의 단체¹²³⁾임을 강조하기도 한다.

그러나 진화하는 성층구조로서의 생명을 보는 관점에서 국가는 혈연과 지연을 거쳐 법률관계로 공존하는 진화된 생명의 존재 양식이다. 여기에서 법률관계를 갖는 인격을 지닌 개인을 ‘국민’이라고 하는데, 일상생활에서 대부분의 국민은 법률관계보다 지연과 혈연의 관계에 지배되고, 지연과 혈연 보다는 자신의 인격에 지배되지만, 이들이 추구하는 바는 자신의 인격보다 혈연과 지연을 중요

121) 야후 백과사전에서는 국가를 “일정한 경계선으로 구획 지어진 자연사회(地緣社會)에 성립하는 정치조직. 국가는 여기에 거주하는 사람들에 대해 배타적인 통제가 미치는 통치기구를 갖추고 있는 점에 그 특징이 있다.”고 설명하고 있다, 『야후 백과사전』, 파스칼대백과, 「국가」, <<http://kr.dic.yahoo.com/search/enc/>>.

122) 에른스트 볼프강 비켄회르데, 김효전 역, 「국가와 사회의 헌법 이론적 구별」, 『동아법학』 4호, 東亞大學校法學研究所, 1987, p.146.

123) 국가의 정의와 관련하여 일반적으로 받아 들여 지고 있는 견해에 의하면, 엘리네크의 주장으로, 「시원적 지배권을 가진 정주하는 인간의 단체적 통일체」이다. 그러나 M. Weber는 국가를 「일정한 영역 안에서 물리적 강제력의 합법적 사용을 독점할 수 있는 인간집단(human community)이다」고 한다. …… 그러나 헌법적 관점에서 국가는 오직 주권(시원적 지배권)을 가지고 있다는 점에서 다른 인간 단체와 구별 된다. …… 그리고 이러한 통일성과 공공복리의 구현은 무엇보다도 정치의 세계에서 이루어지기 때문에 국가는 정치적 통일체라고 관념된다, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.63.

하게 여기고, 혈연과 지연보다는 법률관계를 더 중요하게 여긴다.

이는 국가가 아직 충분히 진화되지 않은 상태에 존재하는 인간의 의식이 ‘國家’보다 ‘人格’을 생명의 중심에 놓고 있기 때문에 비록 일상생활에서 법률보다 자신의 인격에 지배를 받으면서도 성숙과 진화의 과정에서 인격보다는 법률관계를 우선하려하는 것이다. 따라서 國民의 意識이 生命의 중심에 人格보다 國家가 놓일 수 있는 것은 國家의 충분한 進化로 法律關係가 참일 때 이루어 질 수 있으며, 선(善)이거나 종(從)일 수 있을 때¹²⁴⁾ 성숙과 진화 작용이 계속 될 것이다.

이렇게 볼 때 국가는 사회로부터 드러나기(진화 하는 상태로서) 시작한 조직이라 할 수 있으며, 필연적으로 사회와 국가는 분리 될 수 없는 것으로서 사회가 국가에 함축된 형식을 구성한다 하겠다.

결론적으로 社會와 國家는 觀點을 달리하는 同一 對象, 즉 進化 하고 있는 生命의 延長線에서의 個人에서 進化하고 있는 生命現象의 한 形式이다.

2. 관계를 규정하는 것으로서 행위와 질서

사회현상은 인격간의 관계의 결과이고, 결과의 구성요소가 행위이고 그 구조가 질서라고 할 때 행위와 질서는 사회현상이라는 통일체 안에서 변증적 관계를 갖는다. 즉 자유의지를 가진 행위들의 집합이 질서이면서 동시에 이미 존재하는 질서에 따라 행위가 이루어진다는 점을 고려할 때 개인들의 자유의지를 가진 행위와 질서는 상호 이율배반적 성질을 갖는다. 이러한 行爲와 秩序¹²⁵⁾는 전제하는 방식

124) 서론 공존 가능한 관계가 주어지는 것으로 여기서 선의 관계는 평화, 즉 서로가 조화를 이루는 상태이며, 종의 관계는 강력한 힘의 지배에 의해 지배 복종 관계가 유지 되고 있는 상태를 말한다.

125) 제프리 알렉산더는, “행위가 합리적인가 아닌가에 따라, 즉 이기적이거나, 효율성 추구가거나, 순수하게 도구적이거나 하는 합리적인 경우와 관념론적이거나, 감정이나 무의식적 욕망에 의존 하거나, 규범적이거나 윤리적인 비합리적인 경우가 대립하고, 질서는 행위들의 집합에서 오는, 즉 행위 결과들의 양태인가? 아니면 이미 존재하는 질서에 의해 행위가 결정되는가? 하는, 즉 개인주의와 집합주의적 대립을 보이고 있다”고 한다, 제프리 알렉산더, 이윤희 역, 『현대 사회 이론의 흐름』, 민영사, 1993, pp.19-20.

에 따라 서로 다른 주장¹²⁶⁾을 함으로써 사회에 대한 이해를 어렵게 하고 있다.

그러나 사회를 설명하기 위한 전제로서 행위와 질서에 대한 생각은 현대 사회학 이론에서만이 아니라 이미 철학적 사고¹²⁷⁾, 종교적 사고¹²⁸⁾는 물론이고 현대에 이르러 생물학¹²⁹⁾에서도 깊이 연구되어 왔다. 이러한 다양한 관점들 중에서 객관적 경험에 가능한 신경과학적 사고를 바탕으로 다른 분야의 주장들과 비교분석 하였을 때 행위에 대한 이해를 넓히는 것은 물론 서로의 의사소통에 의한 사회통합 가능성을 보여준다고 보인다.

이러한 관점에서 행위와 질서는 역시 진화하고 있는 생명의 외연인 사회의 생명현상으로 설명 할 수 있고, 이 생명 현상은 진화의 시작인 알 수 없는 곳에서부터 시작하여 물질과 생물을 거쳐 인간으로 발전된 과정 모두가 함축된 사회라는 생명에서 일어나고 있는 인간의 행위와 질서이다. 따라서 물질은 생물을, 생물은 심리를 그리고 나아가 인간의 정신을 창발 하는 것과 같이, 인간의 정신은 사회를 창발 한다. 물질의 변화는 생물의 변화를 가져오고, 생물의 변화는 인간성의 변화를 가져오며, 인간성의 변화는 곧 사회성의 변화를 가져온다. 즉 반드시 영향을 받게 된다. 그러나 사회성은 인간성에 독립적이며¹³⁰⁾, 인간성은 생물성에 대해 독립적이다.

이러한 관계 안에서 사회에서 발견되는 행위와 질서는 생명의 가장 기본적인 속성, 즉 생명의 확장과 연장 본능에 따른 소유와 배려(공여)의 다양한 형식이며 성층구조의 층에 따른 규정 형식¹³¹⁾을 갖는다.

126) 알렉산더는 갈등이론이 행위에 대한 합리주의적 접근과 질서에 대한 집합주의 접근, 교환이론이 행위에 대한 합리주의적 접근과 질서에 대한 개인주의 접근을, 상징적 상호작용론이 행위에 대한 규범적인 접근과 질서에 대한 개인주의적 입장을, 문화 사회학이 행위에 대한 규범적인 접근과 질서에 대한 집합주의 접근을, 민속방법론이 행위에 대한 규범적인 접근과 질서에 대한 개인주의적 입장이면서 상호작용론과 다른 주장을 하고 있다고 하였다, 위의 책, p.250.

127) 퇴계의 성학십도, 칸트의 실천이성비판 등을 예로 들 수 있다.

128) 불교의 수, 상, 행,식을 설명하는 유식론을 예로 들 수 있다.

129) 정신과 행동을 뇌 과학으로 설명하고 있다.

130) 성층구조에서 상층의 독립성을 말한다.

131) 말하자면 사회의 경우 식물 층에서는 상호 화학반응과 물리 법칙에 따른 평형의

3. 관계의 원리로서 權利와 正義

사회에서 발견되는 행위는 사건¹³²⁾을 구성하는 구성요소로¹³³⁾ 설명 될 수 있으며 질서는 일정한 유형을 갖는 사건들의 집합 형식으로서¹³⁴⁾ 생명의 가장 기본적인 속성, 즉 생명의 확장¹³⁵⁾과 연장¹³⁶⁾ 본능에 따른 所有(存在)와 配慮(供與)의 다양한 形式이라고하는 점에서, 소유와 배려 행위가 보여주는 질서는, 행위의 결과인가 아니면 이미 존재하는 질서인가 하는 문제와, 행위는 합리적인가 비합리적인가 하는 문제는 극복된다.

이러한 관점에서 法은 生命의 擴張과 延長을 위한 수단으로 人格들 間의 의 사소통에 의해 형성된 秩序¹³⁷⁾의 한 차원이며, 이는 사회를 구성하는 인격들의 生存과 共存 그리고 共榮의 形式¹³⁸⁾을 목적¹³⁹⁾으로 한다. 즉 생존과 공존 그리고 공영이 가능한 형식¹⁴⁰⁾, 곧 정의¹⁴¹⁾를 목적으로 하는 의도된 질서라 할 수 있다.

여기서 논구하고자 하는 권리는 이러한 법, 즉 법률관계에서의 권리이다. 말

원리, 생물 층에서는 본능에 의한 행동과 적자생존의 법칙이, 인간 사회에서는 이성과 평화의 법질서가 소유의 성질과 공여의 성질로부터 변양, 즉 창발 되어 출현한다는 것이다.

132) 김재권, 수반과 심리철학, 철학과현실사, 1995, pp.18-24.

133) 김재권, 앞의 책, pp 57-64.

134) 미시세계에서는 통계적으로 존재하는 유형이 거시세계에서는 규칙 또는 공식이 되는 것과 같은 존재 형식의 유형.

135) 개념 정의의 설명으로 보면 생명의 내포의 擴張을 의미 한다.

136) 개념 정의의 설명으로 보면 생명의 외연의 延長을 의미 한다.

137) 이병훈교수는, “독일 연방 헌법 재판소는 판례를 통해 기본권을 ‘객관적 가치질서’ 또는 ‘가치체계’로 파악하고 있다” 하였다, 이병훈, 「기본권과 가치체계」, 『전주대학논문집』, 제11집, 1981, p.137.

138) 생명의 확장과 연장은 곧 공존이라는 것.

139) 곧 행위의 결과, 삶은 삶의 확장과 연장을 목적으로 한다. 현상의 원인 즉 행위의 동기이다.

140) 생명의 확장과 연장에 필요한 소유와 배려의 조화의 상태를 말한다.

141) 법의 이념으로서의 정의, 즉 평등한 자유와 배분되는 필요 및 형평성이 유지되는 행복이 이루어짐을 말한다.

하자면 이러한 관계를 규정짓는 법의 이념을 正義라고 한다면,¹⁴²⁾ 법은 정의를 실현하기 위한 현실¹⁴³⁾이고, 권리는 정의를 벗어나 존재할 수 없다¹⁴⁴⁾는 것을 전제한다. 따라서 권리는 정의를 이념으로 하는 법률관계, 즉 정의로운 관계에서 관계 한편의 이익과 의사의 주장이며, 이 주장이 강제 될 수 있도록 법률로 보장하는 것으로서, 주장하는 한편에게는 물론 사회에 유용한 것이어야 하고, 이러한 주장이 모두에게 보편적으로 주어져야 한다는 특징을 갖는다.

그러나 하나의 ‘보건에 관한 권리(rights to health care)’에 대해서 적극적 권리라고 할 수 있다는 주장¹⁴⁵⁾과 그럴 수 없다는 주장¹⁴⁶⁾이 존재 하듯이 무엇이 권리인가에 대해서는 다양한 주장들이 제기되고 있다.

이러한 주장의 차이는 正義에 대한 이해의 차이에서 비롯되는데, 일반적으로 정의는 배분적 정의와 평균적 정의로 구분되는 고전적(형식적) 정의론에서부터 구체적인 형평을 바탕으로 한다고 하는 공리주의적 정의론, 소유권적 정의론, 롤스의 정의론, 마르크스의 정의론 등 다양한 정의론이 있다. 이러한 정의론을 바탕으로 보건에 관한 권리의 이념에 대해 공리주의적 정의론, 소유권적 정의론, 롤스의 정의론, 마르크스의 정의론으로 구분하여 보건에 관한 권리를 설명하고 있는 다양한 주장들¹⁴⁷⁾¹⁴⁸⁾도 있다. 그러나 이들 모두는 정의의 일부 측

142) 법의 이념은 정의 이외에 다른 것이 될 수 없다, 구스타프 라트부르흐, 최종고역, 『법철학』, 삼영사, p.63.

143) 법은 법 가치, 법이념에 봉사한다는 의미를 가진 현실이다, 위의 책, p.63.

144) 권리와 의무로서의 법률관계로 분해 될 수 없는 법질서란 생각될 수 없다, 위의 책, p.69.

145) “Nozickian Libertarianism and A Positive Right To Health Care”, submitted to the Graduate School of the University of Wisconsin-Madison in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy by Dale Francis Murray, December 2003 May August.

146) Allen E. Buchanan, “Philosophy and Public Affairs”, Vol. 13, No. 1, (Winter, 1984), pp.55-78.

147) 배상수, 「보건의료 서비스의 배분적 정의에 대한 이론적 연구」, 박사학위논문, 1990, 결론부분.

148) 전통적으로 사회정치적 맥락에서 분배의 형평성을 논의하는 사회 정의론은 자유주의, 평등주의, 공리주의 및 롤즈의 사회정의론 등 네 가지로 대별할 수 있다, 장동민, 「保健醫療의 衡平性- 概念의 定立을 中心으로 -」, 『인제논총』, 14

면과 과거의 관념만을 강조한 것이기에 이를 근거로 한 현재의 보건권의 발견에는 무리가 따른다고 보여 진다.

따라서 좀 더 근원적 적이고 구체적이며 과학적인 차원의 표현으로 生命의 융합적 관점에서 生命의 확장 내지는 연장의 방법인 공존의 형식, 곧 ‘正義란 서로 다른 生命의 共榮이 가능한 關係의 形式이다’¹⁴⁹⁾라는 것을 전제로 논리를 전개하고자 한다. 여기에서 공영은 생존을 함축하고 있는 공존(평화)을 함축하고 있으며, 공존(평화)은 생존을 함축하고 있다. 이러한 형식의 척도로서 자유를 위한 자율의 ‘평등’, 평화를 위한 필요의 ‘배분’, 공영을 위한 행복의 ‘형평’을 기준으로 삼는다.

여기에서 제시된 ‘평등’, ‘배분’, ‘형평’의 의미를 정의 개념에서 지시하고 있는 일반적인 의미¹⁵⁰⁾에서 개량하여 성층구조의 관점에서 層間的의 관계, 즉 성층

권 1호, 인제대학교, 1998, pp.367-380.

149) 코잉(H. Coing)은 정의를 세 개의 기본적 상황에 따라 平等秩序狀態(Gleichordnung)·服從狀態(Unterordnung)·共同體狀態(Gmuninschaft)로 구분하고 있다. 平等秩序狀態에서의 정의를 평균적 정의로 보고, 支配服從狀態에서의 정의를 보호적 정의로 보고 있으며, 共同體狀態의 정의를 배분적 정의로 파악하고 있다. 그러나 라트부르흐는 아리스토텔레스의 정의론에 따라 정의를 평균적 정의와 배분적 정의로 구분하였다. 평균적 정의는 적어도 두 사람의 인간을 필요로 하는 병렬관계에 있는 정의로서 私法의 정의이고, 배분적 정의는 적어도 세 사람의 인간을 필요로 하는 상하관계의 정의로서 公法의 正義라고 하였다. 이중 배분적 정의가 정의의 원형이라고 하였다. 즉 ‘각인에게 그의 것을(Suum cuique)’이라는 전통적인 정의론을 계승하여 정의는 평등이라 하였다. 즉 같은 것은 같게, 같지 않은 것은 같지 않게 취급하는 사회질서가 정당한 질서라고 하였다. 참고, 이동명, 「東·西洋의 正義論에 관한 法哲學的 考察(A study on the Legal Philosophy of Justice in Est and West)」, 『법학연구』, 제7집, 한국법학회, 2001, p.106; 여기서 공영과 형식이 지시하고 있는 의미는, 위의 코잉의 정의 개념에 표현된 平等秩序狀態(Gleichordnung)·服從狀態(Unterordnung)·共同體狀態(Gemeinschaft)와 라트부르흐의 평등과 질서 그리고 배분의 개념에서 성층구조의 生命을 전제로 생존을 함축한 평화가 공영에 함축되어 있다는 성층의 관계 개념이 더해진 生命의 정의에 기초한 개량적 정의이다.

150) “분배적 정의에서 다루고 있는 정의로운 분배는 형식적 차원에서 옳고 그름의 선험적 논리에 근거하고 있는데 비해 이를 실질적 정의(operational definition)로 환원시킨 것이 형평한 분배라고 할 수 있다. 즉 형평성은 분배상의 정의를 구현하기 위한 의료서비스 분배의 평가기준의 하나로서 무엇이 공평한가에 관한 것이다. 분배적 정의의 기준은 관점에 따라 다양하나 보편적으로 평등(equality), 공적(desert) 및 필요(need)를 들 수 있으며 정의론에서 명시적, 암묵적인 서비스의

의 구분에 따른 그 의미를 인과론적 지시이론에 따라 다음과 같이 정의 하고자 한다. 즉, ‘평등’이란 존재를 대함에 있어 특히, 자율성을 인정함에 있어 자율성의 차이에 의해 영향 받지 않는 자유를 보장하는 것이고, ‘배분’이란 다양한 존재가 각각 생존을 위해 다양하게 필요로 하는 것을 필요한 만큼 ‘필요’를 갖도록 하는 것으로 공존의 절대 조건이다. 또한 ‘형평’은 매우 복잡한 개념을 지닌¹⁵¹⁾ ‘배분’의 한 방법으로 평등과는 달리 각각의 상태에 따라 분배되어야 한다는 의미로 사용되고 있다. 즉 배분의 한 방법으로서 형평은 국가와 국민 또는 사회와 인민의 관계에서 개인의 주관적 권리의 이기적 주장이 국가 또는 사회의 생명력 내지는 권리를 무시한 결과의 해석이라고 보인다. 그러나 여기 논지에서 ‘형평’은 배분의 대상이 아닌 조장의 대상에 대한 것으로서 사회 또는 국가의 작용으로 형성된 이익 내지는 의사가 구성원들의 행복 추구를 위해 조장될 때의 기준으로서의 정의이다.¹⁵²⁾ 따라서 권리의 내용은 융합적 분석에서 크게 생존

분배기준으로 채택되고 있다. 여기서 평등기준은 규범적 차원에서 무조건적 평등과 조건부적 기회의 평등을 강조하는데 비해, 공적기준의 경우 분배의 결정요인으로 개인의 도덕적 가치(merit)를 중시한다. 필요기준은 개념의 상대성, 주관성 및 다차원적 특성으로 인해 실질적 정의가 어려운 제한점을 가지고 있으나 복지 국가의 분배개념으로 중요한 의미를 내포적 정의가 특히 필요기준은 복지수준의 평등화를 성취하기 위해 필요의 차이에 따른 차등적 배분을 정당화 한다는 점에서 평등기준 보다 인도주의적이다, Aday and Anderson, 1981; Daniels, 1981; 이에 따라 형평의 규범적 정의는 서비스 배분상의 균등분배(even distribution)를 의미하는 평등과 달리, 필요에 대응하여 배분되는 공정분배(fair distribution)로 규정할 수 있으며 주관적 인식이나 느낌이 중시되고 정도의 차이를 인정하는 개념으로 볼 수 있다. 예컨대 평등은 ‘동등한 분배(equal shares) 또는 절대적 평등(absolute equality)을 지향하는데 비해 형평은 공정한 분배(fair or just shares) 또는 비례적 평등(proportionate equality)을 추구한다는 점에서 차이가 있는 것이다(Mhatre and Deber, 1992; Brown, 1978), 장동민, 앞의 논문에서 분배의 기준으로 평등, 공적, 필요를 들고 있고, 필요에 따른 분배를 형평이라 하고 있으나, 존재의 성층구조 관점에서 볼 때 층간의 범주적 연관의 착오이다. 성층의 관점에서 평등과 공적은 배분의 기준이 될 수 없다.

- 151) 보건의료의 형평성에 관한 연국가 미미한 이유는 ‘형평성’의 정의에 대한 해석들이 다양하고, 이를 측정할 수 있는 적절한 도구가 부족하며, 주제 자체가 지니는 정치적인 민감성 때문이었다. 특히 “형평성은 아름다움과 같이 보는 이의 마음에 달려있다는(McLachlan and Maynard, 1982)”McLachlan과 Maynard의 주장과 같이 다차원적이고 복합적인 형평성의 개념을 일목요연하게 정립하는 것은 용이한 문제가 아니라고 하는(장동민, 앞의책, pp.367-380) 이러한 복잡성은 함축 관계에서 비롯되고 있다고 본다.

(existence)을 위한 자율(autonomy)의 주장, 공존(coexistence)을 위한 필요(need)의 주장, 그리고 생존과 필요를 넘어서는 행복(well-being)의 주장으로 구분할 수 있다. 이들에서 필요는 생존이 전제되고, 행복은 생존을 함축한 필요를 전제하게 되는 성층구조를 갖는다. 그리고 자유(freedom)를 위한 자율(autonomy)의 ‘평등(equality)’, 공존을 위한 필요(need)의 ‘배분(distribution), 공영(co-prosperity)을 위한 행복(well-being)의 ‘형평(equity)’을 기준으로 하는 정의의 질서를 구성한다.

이상과 같은 正義 形式은 進化하고 있으며, 또한 ‘法’은 ‘形式의 眞理’에 의해 法이 形成되기보다 ‘形式의 眞理’를 향한 整合성과, 그 整合성을 前提로 한 다수의 合意에 의해 形成된 ‘정의(正義)’의 規定이다.

이러한 구분의 중요성은 ‘행복을 평등하게 배분할 수 없다.’에서처럼 보장이치와 보장기준 그리고 보장결과가 서로 다른 성층과 관계 지을 수 없다는 것이다. 즉 자유·필요·행복은 보장 가치이고, 평등·배분·형평은 보장 기준이며, 생존·공존(평화)·공영은 보장 결과로, 이들은 자유-평등-생존, 필요-배분-공존(평화), 행복-형평-공영의 조합만이 가능하다는 것을 말한다.

4. 대한민국 헌법과 헌법의 基本權 條文과 理念

보건에 관한 권리는 헌법의 기본권 목록에 열거된 기본권이다. 그러나 헌법

152) "일찍이 아리스토텔레스는 『니코마키아 윤리학』(Nikomachische Ethik)의 5권 14장에서 형평은 정의에 우월 하는 것이어야 하면서도 정의에 대립되는 것이 아니라 오히려 정의의 한 종류에 지나지 않는다는 딜레마와 씨름하였다. 그러기 때문에 그는 일찍이 정의와 형평은 서로 다른 가치가 아니라 통일적 법 가치에 도달하기 위한 상이한 과정이라고 하는 해결도 시사하고 있는 것이다, 구스타프 라드부르흐, 앞의 책, p.66; 여기에서 말하는 것은 바로 성층구조에서 고전적 정의를 함축하고 있는 형평을 설명하고 있다고 말할 수 있다. 나아가 "형평은 개개의 경우의 정의이며 형평을 고려한다고 하여 법은 정의에 봉사하려는 의미를 가진 현실이라는 우리의 공식에 변화가 오는 것은 아니다."라는 라드부르흐의 말에서 성층법칙인 상위 층은 하위 층에 독립적이라는 성층법칙과도 일치하는 설명을 하고 있다. 즉 '형평'은 '정의'의 성층구조에서 평등과 배분(필요)을 하위 층으로 하는 상층의 범주이다.

에 열거되고 표현된 文章만으로는 보건에 관한 권리의 실질적 특성과 의의가 국민 모두 소통할 수 있을 만큼 충분히 설명되지는 못한다.¹⁵³⁾ 먼저 헌법에 열거된 基本權 文章이 발생된 基本權 事實과 疏通하기 위해서는 憲法의 理念, 즉 國家 構成의 이념 및 기본권의 이념 등이 보충됨으로써 소통이 가능해진다.¹⁵⁴⁾

따라서 보건에 관한 권리의 이해 전제로서 이러한 이념들을 정리해보면 다음과 같다.

가. 대한민국 憲法條文과 理念

헌법 제36조 3항이 기술하고 있는 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고한 法文 자체만으로는 구체적으로 보건에 관한 무엇이 얼마만큼 어떻게 보호된다는 것인지 알 수 없다. 따라서 여기에는 앞에서 언급된 사회형성의 이념과 국가조직의 원리가 수용된 헌법 조항의 記述에 따른 해석이 필요하다.¹⁵⁵⁾

153) “기본법 제 1장은 ‘기본권’이라는 표제를 달고 있다. 따라서 기본권이란 현행법이 기본권이라고 표시하고 있는 권리들이라고 기본법 스스로가 기본권의 개념을 확정한 것처럼 보인다. 제93조 제 1 항 제4a호의 출발점이 되는 이러한 기본 권 개념은 순수하게 형식적인 것이며, 따라서 이러한 개념으로써는 기본권의 실질적 특성과 의의를 나타낼 수 없다. 더욱이 실정 헌법을 살펴보면, 이러한 개념이 불충분한 것임이 분명해진다.”(콘라드 헛세, 계획열 역, 『통일독일의 헌법 원론』, 박영사, 2001, p.177).

154) “기본법상의 기본권에서는 여러 의미층(意味層)이 상이하게 강조되고, 때로는 유동적인 형태로 결합되어 있다. 한편에 있어서 기본권은 주관적 권리, 즉 개인(個人)의 권리이다. 그 것은 협의에 있어서 인간 및 시민의 권리(예를 들면, 제3조, 제4조, 제5조, 제8조, 제9조)에 있어서 뿐만 아니라, 그들이 동시에 하나의 법제도 또는 하나의 생활영역(生活領域)의 자유를 보장하고 있는 곳(예를 들면 제6조 제 1항, 제14조 제1항, 제5조3항)에서도 그러하다. 다른 한편에 있어서 기본권은 공동체의 객관적 질서의 기본 요소이다. 이는 제 1차적으로는 개인의 권리를 포함하고 있지 않거나, 개인의 권리는 전혀 보장하고 있지 않으나, 그럼에도 불구하고 헌법의 기본권 목록에 수록되어 있는 보장(예를 들면 제 7조 제 1항, 제 3항 제 1문 및 제2문, 제5항)들에 대해 인정된다. 이는 또한 제1차적으로 주관적 권리로서 형성되어 있는 기본권들에 대해서도 타당하다.”(위의 책, p.179).

155) 페터 헤벌레는 헌법의 해석과 관련하여, “우리들은 여기서 테마의 최초의 문제들을 현실 과학적으로(H. Heller) 다루지 않으면 안 된다. 헌법의 텍스트나 해석론은 ‘급부국가에 있어서 기본권’이라는 문제에 ‘편입할 준비’만을 시작하였기 때문

우리 헌법은 전문에서 3·1운동 정신과 4·19 민주이념을 계승 한다고 하여 ‘평화’와 ‘공영’ 그리고 ‘민주주의(正義에 대한 合意)’를 국가 구성의 기본이념으로 평등·배분·형평의 정의를 실현하고 인간적 삶과 행복을 누릴 수 있게 한다는 국가 의지의 선언과, 헌법은 국민 모두를 국가의 구성요소로 하면서 국가의 의사를 모든 국민의 합의로 하겠다는 ‘민주공화국’¹⁵⁶⁾의 원리, 국가의 객관적 질서의 평가 기준으로서 ‘법치주의’¹⁵⁷⁾ 원리, 국민 모두를 행복한 상태로 만들겠다는 ‘사회복지국가’¹⁵⁸⁾ 원리를 헌법의 기본원리로 기술하고 있다.

이러한 ‘선언’과 ‘원리’ 및 ‘규정’의 의미는 대한민국이라는 국가가 통합과정 에 있는, 즉 진화하고 있는 성층구조로서의 현재를 설명하고 있고, 이는 또한 국가를 구성하는 인민의 다수가 합의하여 결정된 사항으로 이 합의와 함께 합의에 동의하지 않은 인민들 역시 국가의 국민으로 ‘방법적 절차’에 모두 합의 하는 것을 의미한다. 또한 평화와 공영이 단지 국민에 한정되지 않고 외국인을 포함하여 인격을 가진 인간 모두는 물론 미래의 인간까지 포함되어 있다는 것을 의미한다.

따라서 헌법 제36조 제3항에 명시된 기본권으로서, 좀 더 시원적으로는 인 권으로서의 보전에 관한 권리 조항에서 연역되어진 모든 보전에 관한 권리 문언

에, 먼저 다음과 같은 문제가 제기 되어야 한다. 즉 사실과 문제의 분석이라는 의미에서, 현실에 존재하는 급부국가와 ‘그’ 능력사회에 대해서, 아울러 이러한 현실에 있어서의 기본권해석론의 과제에 관해서다”라고 지적한 바 있다. 페터 헤벌레, 김효전 역, 「급부국가에 있어서의 기본권」, 『동아법학』 제26호, 東亞大學校法學研究所, 1999, p.223.

156) 이병훈교수는, ‘헌법 제1조 제1항 ‘대한민국은 민주공화국이다’란 규정을 국가형태를 국체와 정체라는 두 가지 기준으로 구분 하는 규정으로 해석하지 않고 우리나라의 국가 형태에 관한 규정한 것으로 본다. 그리고 이때의 「민주」는 공화국의 정치적 내용이 민주주의적으로 형성될 것을 요구하는 공화국의 내용에 관한 규정으로 본다, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.70.

157) 헌법 제 11조 제 1항 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”란 규정에는 에 법의 이념에 따른 정의가 포함 되어 있으며 정의에는 질서를 설명하는 평등의 원리가 적용됨을 의미한다.

158) 헌법 제10조 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인 하고 이를 보장할 의무를 진다.”란 규정은 정의의 내용으로 배분원리와 형평원리를 포함하고 있다.

은, 즉 법률, 명령, 규칙, 조례가 설명하는 보건에 관한 권리는 이러한 이념 및 원리와 정합성을 가질 때, 그 연역의 결과, 즉 법규와 조례 또는 명령이나 규칙 그리고 처분은 정당하다 할 것이다.

또한 통합과정의 관점에서 헌법 이전에 작성된 것으로서 보건에 관한 권리에 관한 記述은 이러한 권리 질서에 부합하도록 수정 또는 해석됨으로서 그 정당성이 부여 될 수 있다.

나. 대한민국 헌법에 드러난 基本權의 理念

한국헌법의 기본권규정에서 사회권은 거의가 프로그램 또는 입법방침규정이다. 일본의 최고재판소 판례가 그러한 입법방침설을 채택하고 있고 우리는 그러한 판결례나 헌법재판소의 결정까지는 없으나 학설은 그러한 취지를 따르고 있다.¹⁵⁹⁾ 우리 헌법의 모든 기본권 규정이 프로그램 또는 입법 방침규정이라는 견해에서 볼 때 헌법 제36조의 혼인과 가족·모성보호 및 국민보건에 대한 국가적 보호규정은 허망한 것으로 보인다. 이와 관련하여 한상범교수는, 의료제도가 영리적 기업운영의 사기업관리 원칙에 따라 운영됨으로써 일어나는 문제는 아주 심각할 정도에 이르고 있다고 한다¹⁶⁰⁾. 공공의료기관도 그 부조리와 비리로 말하면 사적 의료기관과 다를 것이 없다고 하는 것을 간간히 보도되는 기사를 통해서도 알 수 있다. 국민 보건에 대한 기본요강이라도 정해야만 된다. 그래야 입법이나 법집행에서 해석의 지침정도라도 될 수 있을 것이니 말이다.

헌법의 개별 조문은, 국가는 인간의 존재가치¹⁶¹⁾와 인간의 필요가치¹⁶²⁾ 그리고 인간의 행복가치¹⁶³⁾를 존중하고 보호하며 국가 형성에 참여할 수 있도록

159) 한상범, 『기본권규정의 입법기술상의 배려와 인권보장의 문제』, 고시연구, 1991, p.91.

160) 위의 글, p.91.

161) 헌법 제10조.

162) 헌법 제34조.

163) 헌법 제10조.

배려¹⁶⁴⁾해야 한다고 규정하고 있다. 또한 이러한 내용들의 확인은 실정법이지만¹⁶⁵⁾ 이러한 실정법은 자연에서 발견 될 수 있음도 인정¹⁶⁶⁾하고 있다.

말하자면 기본권으로서 보전에 관한 권리를 규정하고 있는 대한민국 헌법의 이념은 위에서 본 바와 같이 “평화”와 “공영” “민주주의”를 국가 구성의 기본 이념으로, 평등·배분·형평의 정의를 실현하고자 하는 “민주공화국”의 원리, “법치주의” 원리, “사회복지국가” 원리가 규정되고 記述되어 있는 것과 융합적 분석으로 구분된 생존을 위한 자원의 평등, 평화를 위한 필요의 배분, 공영을 위한 행복의 형평이 정합성을 갖는다고 볼 수 있다.

따라서 자원의 평등한 자유가 자유권으로서, 필요의 배분에 따른 급부가 사회권으로서, 행복의 형평에 맞는 추구가 행복 추구권으로서 헌법에 규정된 권리임을 알 수 있다.¹⁶⁷⁾ 그러나 자유권을 소극적 권리, 사회권을 적극적 권리로서 실체적 권리로 인정하는데 반하여, 행복 추구권은 부분적으로 소극적 권리나 적극적 권리로 환원되어 인정되거나, 다수는 일반적 자유권이라는 이름으로 그 권리를 부인하고 있다. 물론 사회권조차 다수견해는 적극적 권리를 부인하고 있는 실정이다.

자유권, 사회권, 행복추구권 등을 학설은 ‘기본권’이라 하고 있지만, 이는 헌법상 표현은 아니다. 다만 헌법 제10조에서 ‘기본적 인권’¹⁶⁸⁾이라는 표현이 있을 뿐이다. 그러나 ‘기본적 인권’에 대한 설명 또한 없다. 이러한 헌법적 法文의

164) 헌법 제34조.

165) 헌법 제11조, 헌법 제27조.

166) 헌법 제37조 ‘열거되어 있지 않다 하여 경시될 수 없다’.

167) 이병훈교수는, 원칙규범으로서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 평등권을 모두에 두고, 그 이하를 자유권적 기본권, 사회적 기본권, 재산권의 보장, 청구권적 기본권, 참정권으로 분류하고 마지막으로 국민기본의무 순으로 분류·설명하고 있다. 이는 평등·배분·형평은 권리가 아닌 권리의 이념, 즉 정의의 원리로 파악하고, 재산권과 참정권을 자유권의 연장 영역으로, 청구권을 사회권의 연장 영역으로, 그리고 자유권과 사회권이 하나의 통일체를 이루면서 진화하여 창발되는 것을 행복추구권으로 파악하고자 하는 의도로 보인다, 이병훈, 헌법, 2007, p. 258.

168) 헌법 제10조, “... 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”.

미비는 헌법이 설명하고자하는 권리 내용을 이해하기 위해 헌법적 法文의 범주를 넘어서는 해석의 필요를 의미한다. 왜냐하면 ‘헌법적 범문의 해석’이란 또 하나의 전제, 즉 원칙적으로 헌법 안에서 헌법이 말하고자 하는 의미를 찾아야 하지만 이는 헌법 조항이 그렇게 해석이 가능하도록 되었다는 것이 전제되어야만 하기 때문이다.¹⁶⁹⁾

말하자면 헌법은 자신의 환경에 대한 정보의 개방성과 자신의 주장에 대한 폐쇄성을 가진 자기생산 체계의 성질에 따라 해석 되어야 한다는¹⁷⁰⁾ 것을 말한다.

이러한 것을 근거로 헌법 제36조 제3항에 명시된 ‘기본권’은 자연권인 ‘인권’이 헌법에 규범화 된 것¹⁷¹⁾이라는 개방성으로부터 기본권으로서의 보전에 관한 권리라는 해석이 가능하다. 그리고 보전권은 보전을 건강으로 해석할 수 없다는 폐쇄성으로부터 건강에 관한 권리가 아니라 보전에 관한 권리로 해석되어야 한다. 즉, 건강에 대한 권리는 권리 내용이 건강이라 할 때, 건강의 침해

169) Vesting은, “법체계는 환경을 자신 속으로 반영해 넣을 수 있는 스스로의 변속가능성을 찾아서 형성해야 한다. 이것은 반복적(회귀적)으로 연결된 활동들을 수행함으로써만, 즉 활동적 폐쇄성의 영역 내에서만 가능하다. 그렇기 때문에 개방성은 폐쇄성을 통해서만 가능하고, 역으로 폐쇄성은 개방성을 통해서만 가능하다. 이러한 패러독스를 극복할 수 있기 위해서 법체계는 규범적 폐쇄성을 인지적 개방성과 결합한다. 예컨대 민법에서는 책임의 문제를 사회생활상 요구되는 주의의무 위반과 같은 사회적 협약과 결부시킨다. 마찬가지로 공법에서도 법체계는, 예컨대 책임전가 혹은 그 자체 개연성이라는 척도 및 실제적 경험에 결합하는 인과관계 입증을 통하여 위험을 방지하는 「경찰법」에서 보는 바와 같이 현존하는 사회적 협약 내지 인습으로 되돌아간다. 다른 법 영역에서는 규범적 폐쇄성과 인지적 개방성을 서로 결합하는 매개적 지식은 종종 매우 특수한 지식이다”고 하였다, Thomas Vesting, 김성돈 번역, 「시작도 없고, 끝도 없다, 법의 체계이론 : 법학과 법 도그마틱에 대한 도전」.

170) “체계이론은 복잡한 사회 내에서 법이 생산되거나 재생산되는 조건들을 보다 정확하게 평가 할 수 있게 해주며, 이러한 평가 작업의 결과물은 입법, 법원, 그리고 대학에서의 도그마틱도(Dogmatik)도 각자 자신들의 활동을 보다 정확하게 관찰하고 묘사하기 위해 그리고 제도적인 전제조건들을 위해서 매우 유용하게 이용할 수 있다”, 위의 책, p.299.

171) 인권이란 인간이기 때문에 당연히 향유하는 인간생태의 권리라 하고, 기본권은 그러한 인권이 헌법에 규범화된 것을 말하는 것으로 구별하기도 함, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.189.

는 대부분의 침해가 주로 질병이라는 점이 다를 뿐 신체의 손상이라는 점에서 신체의 침해이다. 따라서 보건의 아닌 건강을 내용으로 하는 건강권은 신체의 자유에서 설명되어야 하고, 건강 자체가 아닌 건강을 위한 ‘필요’로서 보건을 내용으로 하는 보건에 관한 권리는 급부에 관한 기본권으로서 급부 절차에 따라 보장된다는 폐쇄성을 지닌 적극적 권리로서 사회권으로만 해석되어야 한다.

결론적으로 헌법 제36조 제3항이 명시하고 있는 보건에 관한 권리는 건강에 관한 권리와 보건에 관한 권리를 동시에 지칭하는 것이 아니라, 보건에 관한 권리만을 명시 하고 있는 사회권으로서 적극적 권리라고 해석된다.

다. 대한민국 헌법상 기본권 분류

보건에 관한 권리의 이해와 소통을 위해서 그 체계를 밝히는 것이 하나의 유용한 작업이다. 체계는 구분이고 구분된 경계를 설명하는 것이라고 볼 때 기본권 분류는 바로 개념정립 작업의 하나라고 할 수 있다.

대한민국 헌법에 규정된 기본권은 다양한 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있다. 즉, 기본권을 그 주체·성질·내용·효력 등을 기준으로 다양하게 구별할 수 있는데, 우선 기본권의 행사 주체를 기준으로, 인간의 권리와 국민자격이 있는 자의 권리·자연인의 권리와 법인의 권리로 구별할 수 있다. 성질을 기준으로 초국가적 권리와 실정법상의 권리·절대적 권리와 상대적 권리·진정한 권리와 부진정한 권리로 구별할 수 있다. 내용을 기준으로 행복추구권·평등권·자유권적 기본권·청구권적 기본권·사회권적 기본권·정치적 기본권·경제적 기본권 등으로 구별할 수 있고, 효력을 기준으로 구체적·현실적 기본권과 추상적 기본권 또는 대 국가적 기본권과 제3자적 기본권 등으로 구별하거나 생활 영역에 따라서 사생활 영역을 보호하기 위한 기본권, 인간의 내면적인 정신생활을 보호 하기위한 기본권, 정치사회생활영역에 관한 기본권, 기타의 절차적 기본권 등으로 분류 한다¹⁷²⁾. 이러한 다양한 분류 방법 들은 각각 설명하고자하는 목적에 따라 다름을

172) 위의 책, p.258.

볼 수 있는데 여기에서는 소통을 목적으로 한다는 점에서, 기본권의 내용을 기준으로 구분하되 필요에 따라서는 다른 관계를 밝혀 소통에 도움이 되도록 하고, 또한 분명한 소통이 가능하도록 경험 가능한 기준을 제시 할 수 있도록 하고자 한다.

소통은 앞에서 제시된 융합적 분석 구조, 복잡성의 단순화를 통해 소통이 가능하다는 체계이론을¹⁷³⁾ 바탕으로 하고, 언어사용의 인과론적 지시이론을 도구로 하여 기본권을 내용에 따라 자유권, 사회권, 행복 추구권으로 단순화 시킬 수 있다.

여기서 자유권은 자율성을 갖는 인격 내지는 개인과 같은 하나의 외연을 갖는 생명체의 행위가 국가 또는 제3자로부터 침해 받지 않을 것이 보장되는 자유를 말하는 것으로 보통 말하는 자유권, 즉 침해금지라는 소극적 권리이며, 여기에는 각자의 자기결정 상태나 내용에 상관없이 동등하게 보장 되어야 한다는 ‘평등’이 그 기준으로 제시되고¹⁷⁴⁾ 침해금지가 효력으로 표현되는 권리로, ‘시민적·정치적 권리’(civil and political right)¹⁷⁵⁾에 해당된다.

사회권은 자율 행위에 필요한 자원, 즉 생명 자신과 생명의 확장 및 연장에 필요한 자원을 배분받을 권리로 여기에는 ‘필요’라는 기준이 제시¹⁷⁶⁾되고 급부

173) Luhmann은, “세계의 복잡성은 상상으로 파악될 뿐만 아니라, 체험과 행위에도 접근시켜야 한다. 즉 세계의 복잡성은 축소되어야 한다”고 하였다, Niklas Luhmann, 『Soziologische Aufklärung』, Bd. 1, Opladen, 1970, p.73; 李南復, 「루만의 체계이론 연구 : 그 가능성과 한계」, 국제문화연구 제14권, 청주대학교 국제문화연구원, 1997. p.4.

174) 자유와 평등은 하나의 의사와 가치에 동시에 적용되는 차원을 달리하는 것으로 자유권과 평등권이 서로 경합 또는 충돌이 있다고 할 수 없다. 즉 자유권 보장을 위해 평등권이 희생된다거나, 평등권 보장을 위해 자유권이 제한된다는 것은 일어날 수 없는 일이다. 그러나 자유권만의 침해, 또는 평등권만의 침해는 존재할 수 있다.

175) 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.189.

176) 이 ‘필요’는 ‘인간다운 생활을 할 수 있는 인간의 존엄’으로 설명 될 수 있고, ‘품위를 위한 최저 수준(decent minimum)’, 또는 보건의 영역에서 ‘일차보건의료’로 설명될 수 있는 것을 말하나, 이것이 구체적으로 규정 될 수 없는 것이라는 이유로 존재를 부인하고, 이를 이유로 보건에 관한 권리에 대해 대적극적 권리를 부정하는 주장이 있다. 그러나 정의를 판단하는 판단기준이 다르다고 하여 정의가 없다고 할 수 없는 것처럼, ‘필요’가 구체적으로 규정하기 어렵다고 해서 ‘필요’가

받을 능력이 효력으로 표현 된다. 이러한 필요의 결핍은 직접적인 것이 아닌 이차적으로 존재의 상실 내지는 손상을 의미하는 것이지만 존재의 상실보다 가치가 덜하다고만 할 수 없는 것¹⁷⁷⁾으로서 의미를 갖는 사회권을 말하며, “경제적·사회적·문화적 권리”(economic, social and cultural rights)¹⁷⁸⁾에 해당된다.

행복추구권은¹⁷⁹⁾ 행복¹⁸⁰⁾의 주관성으로 그 설명의 어려움이 있지만, 그 주관성이¹⁸¹⁾ 오히려 자율성이 존중되어야 하는 인격의 가장 중요한 가치를 구성한다고 볼 수 있다는데서 중요한 의미를 갖는다.¹⁸²⁾ 헌법 제10조는 헌법전문의 기본권 존중 규정과 함께 우리 헌법의 근본 규범으로서의 성격을 갖는다. 「그것은 국가질서의 최고 구성원리」요, 「최고의 헌법원리이며 다른 기본권의 가치적 전제가 되는 객관적 원리」이며, 모든 기본권의 이념적 전제가 되고, 모든 기본권 보장의 목적이 되는 헌법적 기본 원리를 규범화 한 것이다. 헌법 제10조와 다른 기본권과는 목적과 수단관계에 있다. 전자는 기본권 보장의 목적과 이념적 전제를 표현하고 있고, 여타의 기본권은 특정한 역사적 상황에서 중요하다고 생각되어 온 기본권이 열거되어 있다고 볼 수 있다. 이들은 각기 인간의 존엄과 가치 그리고 행복 추구를 위한 하나의 수단으로 기능한다. 헌법에 열거되지 않았으나 제10조를 근거로 인정할 수 있는 기본권으로서는 일반적 인격권, 생명권, 자기결정권, 개성의 자유로운 발현권, 일반적 행동 자유권, 평화적 생존

존재하지 않는 것은 아니며, 구체적으로 규정되지 않는다고해서 권리 내용이 없는 것은 아니다.

177) 존재의 상실보다 필요의 상실은, 즉 필요가 충족 될 수 있다는 희망의 상실은, 더 비참한 상황으로 평가될 수도 있다.

178) 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.189.

179) 「행복을 추구할 권리」라는 규정은 1980년 우리 헌법에 들어온 이후 오늘날 까지 그 내용의 불확정성 때문에 많은 불필요한 논란을 일으키고 있다. 그리고 그 개념은 규범적으로 확정 짓기가 곤란하다. 행복이 무엇인지를 정의한다는 것은 어려운 일이기 때문이다, 위의 책, p.263.

180) 균형과 조화를 의미한다.

181) 객관적으로 평가된 존재가치나 필요가치가 아닌, 가치에 대한 자율적 판단으로, 사람들의 신념이나 종교적 판단, 또는 극단적으로는 예수의 인간에 대한 사랑, 노자의 무위자연과 같은 태도를 말한다.

182) 이병훈, 앞의 책, pp.265-267 참조.

권, 휴식권, 수면권, 일조권 등이 논의 되고 있다. 헌법 제10조 후문은 「국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」라고 함으로써, 국가는 인간의 존엄과 가치·행복 추구권을 소극적으로 침해하지 않는 데 그치지 않고 적극적으로 이를 보장할 의무를 지게하고 있다. 따라서 행복에 대한 ‘설명의 어려움’은 헌법 체계의 개방성을 통해서 보충하고, ‘설명이 있어야 함’은 헌법 체계의 폐쇄성을 통해서 설명 될 필요가 있다. 이상에서 설명된 바와 같이 성충구조에서 가장 위층에 있는 행복 추구권의 자유권을 함축한 사회권의 함축관계, 그리고 행복추구권의 권리의 객관적 질서에서의 가치와 가장 핵심적인 인격에 있어서의 가치가 잘 설명되고 있다.

이러한 점에서 행복 추구권이 갖는 대부분의 이익과 의사가 지금까지 구체적으로 정의되지 못하고 주관적 공권에 인접하여 인권의 일부로서 추상적인 권리로 인식될 수밖에 없었던 것은 배분적 정의가 분화되어 성숙¹⁸³⁾하지 못한 결과¹⁸⁴⁾이었다고 생각된다.

그러나 이러한 추상적 권리는 대부분 오히려 사실상 주관적 공권의 핵심을 이루는 것¹⁸⁵⁾임에도 공권관계에서 구체적 권리인 주관적 공권에서 제외되기도 하고 포섭되기도 하면서 논의 되어 온 ‘법률상 보호 이익’과 ‘반사적 이익’으로서, 일부는 권리의 차원에서 보호되어야 한다는 ‘법률상 보호 이익’으로, 일부는 권리로서 주장할 수 없는 ‘반사적 이익’으로 수용되어 왔지만¹⁸⁶⁾, 여기에서는 이 모두를 행

183) 성충구조에서 자유권과 사회권이 변증적 관계를 가지면서 통일체를 이루는 권리를 말하는 것으로 자연사(존엄사)할 권리가 그 예가 될 수 있다. 즉 국가는 자연사를 위해 제반 여건을 조장할 의무가 있다.

184) 장영수교수는 행복 추구권과 다른 기본권과의 관계를 ‘보장경합설’이나 ‘보충적보장설’로 설명하고, 이병훈교수는 근본 규범 내지는 원리로 설명한다, 장영수, 『헌법학 II 기본권론』, 홍문사, p.230 및 이병훈, 『헌법』, 박영사, p.265.

185) 생존만을 위한 것도 아니고 필요의 충족만을 위한 것도 아닌 것으로서 오직 인간만이 추구하는 이익 또는 의사라는 점에서 인간의 권리핵심을 이루는 것이라 할 수 있다.

186) ‘법률상 이익’을 ‘권리’와 동의어로 볼 수 있는가 아닌가 하는 점이 쟁점이 되고 있다. 필자는 권리는 ‘법에 의하여 보호되는 이익’을 말하는 개념으로서, 그의 준말인 ‘법적 이익’, ‘법률상 이익’도 같은 의미로 새길 수 있다는 입장을 취하고 있다. 일부 학자가 사용하고 있는 ‘보호이익’이라는 것도 ‘법에 의해 보호 되는 이

복을 추구할 권리로서 ‘형평’의 원칙이 그 기준이 되고, 형평¹⁸⁷⁾에 따라 이익 또는 의사가 助長(promotion)¹⁸⁸⁾되어야 하는 것이 효력¹⁸⁹⁾으로 표현된다.

익’을 의미하는 것으로 보아야 할 것이며, 그러한 전제에 입각할 때, 보호이익도 권리와 동의어로 볼 수 있는 것이며, 따라서 그 보호이익은 반사적 이익 내지 사실상 이익과 구별되어야 함을 강조 하고 있다. 필자의 위와 같은 주장과 가장 큰 이견을 나타냈던 것이 석종현 교수의 보호이익개념이다. 석교수는, 보호이익론은 공권과 반사적 이익의 중간영역에 있는 것으로, 공권과 보호이익, 보호이익과 반사적 이익, 공권과 반사적 이익을 구별해야 한다고 주장한다. 보호이익은 비록 실체법적 요건을 갖춘 것은 아니지만 준권리, 즉 전래된 또는 준공권의 성질을 가지며, 그 것은 제3자 보호이익을 매개로 하여 비로소 성립할 수 있는 것이라 할 수 있다고 한다. 그러나 그의 1992년판 저서에서 부터는 보호이익도 넓은 의미의 공권에 해당하는 것으로 보고 있다. 그는 권리의 성립 여부는 어디까지나 실정법을 판정 기준으로 삼아야 하는 것이므로, 아직 법에 의해 보호 받고 있지는 않고 법에 의해 보호될 가치가 있다고 생각되는 이익은 권리가 될 수 없는 것이다.」는 말을 통해 현재는 필자의 견해에 동조하고 있다는 점만 적어두기로 한다. 그러는 가운데, 김동희 교수가 최근에 「행정 심판에 있어서의 청구인 적격」이라는 논문을 통해 논제에 관한 깊이 있는 연구를 발표 하였으며, 그 논문 가운데 필자와 함께 비판의 대상이 되었던 유지태교수가 즉각 반론을 펴므로써 그 행정쟁송에 있어서 ‘법률상 이익’의 문제를 둘러싼 논쟁은 재연될 조짐을 보이고 있다. 이상에서 보여주는 ‘법률상 보호이익’과 ‘반사적 이익’으로 행복 추구권의 가치를 설명하고 있는 것은 이러한 이익이 아닌 경우 이미 소극적 권리나 적극적 권리로서 설명되고 있고 또한 위에서 설명 된 바와 같이 이들은 행복 추구권에 함축되고 있기 때문이고, 이러한 ‘법률상 보호이익’과 ‘반사적 이익’이 일부 행복 추구권으로 볼 수 있고, 소극적 권리와 적극적 권리가 아닌 가치들이 행복 추구권으로 구성되어야 한다는 의미를 담고 있다, 석종현, 『일반행정법 제4판』, 삼영사, 1990, p.178. 및 석종현, 『일반행정법 제5판』, 삼영사, 1992, 서문(iii) 및 p.135; 김남진, 「행정쟁송과 법률상 이익」 재론 -쟁점을 중심으로-, 『법학논집』, vol.29, 고려대학교 법학연구원, 1993, pp.173-194.

187) “분배적 정의에서 다루고 있는 정의로운 분배는 형식적 차원에서 옳고 그름의 선험적 논리에 근거하고 있는데 비해 이를 실질적 정의(operational definition)로 환원시킨 것이 형평한 분배라고 할 수 있다. 즉 형평성은 분배상의 정의를 구현하기 위한 의료서비스 분배의 평가기준의 하나로서 무엇이 공평한가에 관한 것이다”(장동민, 앞의 논문)라는 문장에서 형평과 그 의미는 같지만 이와 달리 본 논문에서는 여기에서 말하는 형평의 대상인 ‘필요’는 필요한 만큼 배분되어야 하는 것이지 형평이 적용되는 것이 아니라고 본다. 이것은 배분해야할 내용을 ‘필요’(個人 所有)와 ‘잉여’(개인 소유가 아닌 國家 所有)를 구분하지 않는데서 비롯되고 있으며 본 논문에서는 이를 구분하고 있다.

188) 행복이 직접 제공 될 수 있거나 침해되는 성질이 아니라는 점에서 행복은 행복을 추구 할 수 있는 여건을 조성하거나 그 여건을 침해해서는 안 된다는 것과 이들은 주로 이법제량 또는 행정 제량에 의해 결정 될 수 있다는 점에서 국가에 의한 助長이 필요하다는, 즉 助長行政에서 쓰이는 ‘助長’용어를 사용하고 있다.

189) 권리의 주체가 어떤 것을 권리로 보장 받고 있다는 것은 이런 권능을 가진다는

이상과 같은 자유권을 맨 하층으로 그리고 그 위에 사회권을, 맨 상층을 행복 추구권으로 하는 권리의 성층 구조를 구성하며, 여기에는 일반 성층구조의 상향작용 관계와 하향작용 관계의 성질이 적용 된다. 즉 행복 추구권에는 당연히 자원의 자유가 함축되어 있는 필요의 배분이 함축되어 있고, 사회권에는 평등하게 인정받는 자유권이 함축되어 있다. 비록 행복 추구권 침해로 사회권이나 자유권이 손상을 받지 않으나, 자유권의 침해는 곧 사회권 내지는 행복 추구권 모두 손상을 의미한다.

이러한 구분의 중요성은 권리의 침해 방법이 권리 구분에 따라 다를 수밖에 없고, 따라서 보장 방법 역시 다를 수밖에 없다는 것을 의미한다. 즉 자유의 보장은 침해 금지이고 이에 따른 법적 강제는 형사법의 규정대상이 될 수 있으며, 필요의 보장은 부족에 대한 급부이고 이에 따른 법적 보장은 의료보장에 관한 법률 및 사회 보장에 관한 법률의 규정대상이 될 수 있다. 행복의 보장은 불균형에 대한 조장이고 이에 따른 법적 보장은 행정조직에 관한 법률, 또는 행정절차법 등의 규정대상이라 할 수 있을 것이다. 물론 이 들이 물리적으로 구분 될 수 있는 것은 아니며 현재 예시된 법규체계가 위와 같이 잘 구분되어 있는 것이 아니라 혼재되어 있는 상태로 있지만 이러한 구분과 차후 이러한 체계에 의해 정리되는 것도 필요하다고 본다.

또한 자유권의 침해는 동시에 행복 추구권의 침해의 결과를 가져 오지만 행복 추구권의 침해는 곧 자유권의 침해를 가져 오지 않는다는 점에서 자유권의 침해가 가장 심각한 권리 침해로 볼 수도 있겠으나, 인간 존엄의 차원, 즉 인간

것을 포함하고 있으므로 권리 주체 이외의 존재에 의한 이러한 권리의 처분은 발생하지 않는다. 타자의 의사에 의해 이러한 자기의 권리가 양도되거나 포기되는 결과를 가져오면 그것은 이미 개념상 권리가 아니다. 이러한 것은 反射的 利益 또는 事實上의 이익에 지나지 않는다. 이렇게 전제 한다면 국가의 조장에 의해 크게 지배되는 행복 추구권은 권리라 할 수 없다. 그러나 객관적 질서로서 기본권이라는 점, 입법제량이 결코 임의적인 것이 아니라는 점, 그리고 행정제량의 0으로의 수렴원칙이 주장되고 있다는 점에서, 행복 추구권 역시 행복을 조장 받을 권리이다. 즉 실정법상 구제 방법이 없다고는 하지만 장차 구제 방법이 입법되어야 하는, 당연히 주장되고 있는 선험적 권리이다, 참조, 정종섭, 『기본권의 개념』, 금봉어, 2007, p.38.

이 추구하는 인격의 가치를 중심으로 본다면 경우에 따라 행복추구권의 침해는 오히려 자유권의 침해보다 더 심각한 권리침해일 수 있다. 즉 가장 심각한 권리 침해는 행복 추구권이고 자유권 내지 사회권의 침해의 심각성은 곧 행복추구권의 침해라는 점에서 의미가 있다 할 것이다.

5. 보전에 관한 권리의 이해를 위한 전제 조건

헌법 제36조 제3항의 보전에 관한 권리의 법문이 보전에 관한 국가의 노력을 촉구하는 문장이라든가, 혹은 입법부의 입법을 촉구하는 규정만으로 이해 한다는 것은 권리를 소송을 통해 권리로 판단 가능한 것을 권리로만 보려는 순환 논리적 견해와 헌법에 열거된 기본권을 단지 주관적 권리라는 지평에서 이해하는 태도라 할 수 있다.

물론 현재 법적으로 판단되어야 할 권리는 현재의 법 사실을 실정법에 근거하여 권리인가를 판단해야 하는 것은 당연하다.

그러나 좀 더 나은 共榮을 위해서는 실정법이 담고 있는 권리가 권리인가 하는 정합성의 비판이 필요하다는 점에서, 그리고 이 문장이 국가질서 내지는 법질서 그리고 기본권 질서라는 ‘질서’를 형성하는 기본 문장으로 보아야 한다는 점에서, 헌법 제36조 제3항이 담고 있는 보전에 관한 권리는 실정 법규가 규정하고 있지 않은, 장차 규정 될 보전에 관한 권리를 포함 하고 있는 ‘인권’을 내포하고 있는 것이며, 사회 질서는 진화 과정의 ‘인간(생명)’에 관한 권리를 내포하고 있다는 것이 전제되어야 한다.¹⁹⁰⁾

따라서 보전에 관한 권리는 위에서 설명된 것¹⁹¹⁾을 전제로 이러한 내포의

190) 본서에서는 원칙규범으로서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 평등권을 모두에 두고, 그 이하를 자유권적 기본권, 사회적 기본권, 재산권의 보장, 청구권적 기본권, 참정권으로 분류하고 마지막으로 국민기본의무 순으로 분류·설명하고자 한다. 이병훈, 헌법, 박영사, 2007, p 258.

191) 앞에서 설명된 진화하고 있는 성층구조로서 국가와 사회, 관계를 규정짓는 행위와 질서, 관계의 원리로서 권리와 정의에 대한 융합적 접근과 대한민국 헌법의

중첩과 함께 창발 된 성층구조 안에서 공간적 차원과¹⁹²⁾ 시간적 차원¹⁹³⁾ 그리고 범주적 차원¹⁹⁴⁾에서 분석되어야 한다는 것이 다시 전제된다.

그리고 기본권에 대한 다양한 분류가 제시되고 있으나 보전에 관한 권리의 소통을 위한 배경으로서 충분하고 명확한 경계를 제시할 수 있는 분류 방법이라고 생각되는 내용에 따른 분류, 즉 자유권, 사회권, 행복추구권¹⁹⁵⁾으로 구분하였고, 이러한 구분에는 실정법으로 권리 구제가 가능한 것과 실정법으로 구제받지 못하고 있는 것도 포함되고 있다.

여기에서 권리 구제가 가능하지 않은 것은 이론적으로 권리라 할 수 있지만 권리 보호 가능성의 문제, 특히 성층구조에 따른 권리의 함축이 미분화되어 그 영역을 경계 짓지 못한 상태, 또는 각 권리영역의 확장과 연장 영역에 대한 가치의 발견이나 합의의 부족에 기인된 것이기 때문에 장차 실정법의 권리로 포섭되어야 한다는 것을 전제 하였다.

이러한 전제 안에서 이해 하고자하는 보전에 관한 권리는 기본권으로서 법적 권리이며, 국가 형성의 기본 구조이고, 사회를 바탕으로 창발 된 체계적인 감성과 이성 그리고 오성(지성)을 갖는 인격체, 즉 사회 구성원들의 노력에 의해 정의로운 질서로 구축된 것으로서 ‘필요’에 따라 배분 받을 수 있는(청구 할 수 있는)사회권¹⁹⁶⁾이라는 주장이 전제된다.

또한 사회권으로서 보전에 관한 권리는 물질과 생물 그리고 심리와 정신의

이념과 해석 방법을 말한다.

192) 현재 구성원 간의 소통 관계를 말한다.

193) 과거와 현재 그리고 미래 구성원 간의 소통 관계를 말한다.

194) 관계 속에 존재하는 이념의 체계성을 말한다.

195) 이러한 분류는 실정법의 권리보장에 따른 분류이기보다 선형적 분류로 장차 많은 분석을 필요로 하지만 보전에 관한 권리의 법적 성질을 설명하는 배경으로서 충분하다고 본다. 이러한 의미에서 행복 추구권은 제3세대 기본권과 그 영역을 대부분 같이 한다.

196) 여기서 청구 할 수 있는 사회권이라 함은 행복 추구권과 분명한 구분이 있고, 주관적 권리와 반사 이익이 포함되는 권리라거나 혹은 단지 선언 적이라는 의미가 포함 된 그러한 未分化된 권리를 의미 하지 않는 것으로, ‘필요’가 확정되어 청구가 분명해질 수 있는 급부를 의미한다.

인간성을 갖는 성층구조의 인격체인 인간들로부터 창발 된 사회가 전제되고, 그리고 또 그 사회는 사회로부터 창발 된 국가라는 성층구조의 한 층으로 존재하는 것으로서 복지국가를 목표로 하는 헌법국가를 전제로 한다.

제2절 주관적 권리로서 보전에 관한 권리 구조

1. 보전에 관한 권리관계

가. 보전에 관한 권리의 정의

권리가 내포하고 있는 것은 “양편을 갖는 관계에 있어서, 관계한편¹⁹⁷⁾의 이익¹⁹⁸⁾에 의해 동기화된 욕구가 체계화된 의사¹⁹⁹⁾를 통해 자유²⁰⁰⁾, 급부²⁰¹⁾, 조장²⁰²⁾의 형식으로 표현되는 행위²⁰³⁾를 할 수 있도록 보장되는 능력²⁰⁴⁾”이라고

197) 물질, 생물, 인간, 사회 등이 관계 한편이 되고 있다.

198) 김도균이, “권리는 ‘이익’(benefits)이며 법이 부과하는 의무로부터 이익을 얻는 자는 누구나 권리를 가지는 것으로 파악된다”고 한다. 또한 “어떤 개인 X의 이익이 권리가 되는 것은, 그 이익이 타인에게 의무(duty: 청구권의 대응관계)를 부과하거나 또는 / 그리고 타인을 X 자신의 처분아래(liability)에 둘 만큼 충분히 중요한 경우에, 또는 / 그리고 X자신에 대한 ‘청구권 없음’(no claim-right) 또는 ‘처분권능 없음’(disability)의 지위를 타인에게 부과할 만큼 충분히 중요한 경우이다.”라고 하는 주장의 내용은 그대로 수용 하지만, 이익은 가치를 구성하는 부분이고 가치를 전제할 때 그 의미가 있다는 것을 전제한다. 김도균, 「권리담론의 세 차원: 개념분석, 정당화, 제도화」, 『법철학연구』, 제7권 제1호, 한국법철학회, 2004, pp.188-189.

199) “한 개인 X가 무엇 K에 대하여 권리를 가지고 있다는 것은 그 K와 관련하여 일정한 법률관계 속에서 X의 의사가 다른 사람들의 의사보다 우월한 지위에 있음을 법적으로 인정하는 것이다.”라는 주장의 내용은 그대로 수용 하지만 ‘의사’는 가치를 구성하는 부분이고 가치를 전제할 때 그 의미가 있다. 말하자면 권리의 본질로서 의사와 이익은 분리 설명 될 수 없다고 판단된다, 참조, 위의 책, p.187.

200) 호펠트의 권리요소에서 자유에 해당된다.

201) 호펠트의 권리요소에서 청구에 해당된다. 비록 급부의 주체가 국가이지만 행위의 원인이 전적으로 주권자에 있다는 점에서 주권자의 행위로 간주된다.

202) 호펠트의 권리요소에서 권능과 면책에 해당된다. 이러한 권능과 면책이 비록 국

설명 될 수 있다. 즉, 관계, 한 편, 이익, 의사, 표현형식, 보장상태, 실천능력이라는 여러 차원으로 구성된 복잡성을 지닌다. 이와 같이 복잡성을 지닌 권리는 인류의 진화에 따라, 즉, 생물학적 진화와 문화발전에 따라 다르게 소통되었고, 지금도 지역 또는 과거와 현재 또는 미래의 복잡성이 혼재되어 소통되고 있다.

이러한 내포를 지니는 권리의 외연에는 인권, 기본권, 자연권, 소유권 등이 소통되고 있으나, 내포가 지니는 여러 차원의 복잡성으로 인해 소통이 원활하지 못한 것들도 있다는 것을 전제로 보건에 관한 권리의 소통을 위한 분석과 종합을 해 보고자 한다.

앞의 정의에 따라 “보건에 관한 권리는 생명의 탄생, 성숙, 쇠멸의 진화 작

가에 있지만 행위의 원인이 전적으로 주권자에 있는 한 주권자의 행위로 간주된다.

- 203) “권리의 개념적 구조에 대해서 일반적으로 미국의 법학자 호펠드의 연구가 고전으로 꼽히는데 그에 따르면 ‘권리를 가지고 있다’는 진술은 다음과 같이 네 가지 종류의 지위들 중의 하나이거나 조합을 의미하는 것으로 사용되고 있다: 청구권, 자유권, 권능권, 면제권 …… 청구권으로서의 권리(claim-right) a가 G에 대한 권리를 가진다는 진술은, 종종 이 진술이 행해진 상대방b(또는 모든 사람)가 G를 하게 할 의무를 가지고 있다는 점을 함축하고 있는 것으로 받아들여진다. …… 자유권으로서의 지위 a가 b에 대하여 G와 관련한 권리를 가진다는 진술은 때로는 ‘권리 담지자 a가 상대방 b에 대하여 G와 관련하여 특정한 행위를 하거나 하지 않을 의무관계에 놓여 있지 않다’는 의미를 뜻하기도 한다(위의 책, pp.183-184). …… 권능(power) 또는 형성권(形成權)으로서의 지위 ‘a가 b에 대하여 G와 관련하여 권리를 가진다.’는 진술은 어떤 경우에는 일방적인 법률행위를 통해서 자신 또는 타인의 법률관계를 직접적으로 변동시키는 힘 또는 지위를 나타내는 것으로 이해 할 수 있다. 이를 호펠드는 power - right로 명명하였다. …… 면제권(immunity-rights)으로서의 지위 ‘권리담지자 a가 상대방 b에 대하여 g와 관련하여 권리를 가진다.’는 진술은 때로는 a가 b의 형성적 처분 행위에 의해서 자기의 법률관계가 좌우되지 않는 지위로 보호 받고 있음을 나타내기도 한다(위의 책, pp.183-185).
- 이상과 같은 권리설명에서 ‘청구권’만이 진정한 권리라는 판단에 동의하면서 권리 표현 형식을 ‘자유권’, ‘청구권’, ‘형성권’과 ‘면제권’을 하나로 보는 ‘형성-면제권’으로 하여, 자유권을 자유권으로서 ‘소극적 권리’ 차원에서, 청구권을 사회권으로서 ‘적극적 권리’, 형성-면제를 행복추구권으로서 ‘보호받을 권리’의 의미로 본래의 구분과 다르게 구분 판단하였다.

- 204) “모든 종류의 (법적) 권리에는 반드시 ‘권리 실현의 권능’이 포함되어 있다는 것이다(위의 책, p.189).”에서 ‘실현의 권능’을 ‘보장’이라 할 때 보장은 이와 같이 권리가 갖는 내재적 성질이라 할 수 있다. 그리고 ‘보장’에는 ‘제한’과 ‘한계’의 성질을 포함한다. 즉, 제한과 한계는 보장을 규정하는 성질이다. 보장에는 가치질서가 전제되며, 가치질서는 객관적 질서의 요소로서의 기본권을 가능하게 한다.

용이 순조롭게 이루어지도록 생명형식을 돌보는 것이다.”라고 하는, 보건의 성질을 필수 요건으로 하는 권리, 즉 “법률관계의 한편인 개인으로서의 국민 또는 인민이 당사자의 보건에 관한 이익에 의해 동기화된 욕구가 체계화된 意思를 통해 국가에 대하여 보건에 관한 급부를 주장할 수 있도록 보장된 행위능력”이라고 정의 되는 권리구조에 따라 분석 될 수 있다.

나. 보건에 관한 권리관계 분석

비록 존재로부터 당위를 이끌어낼 수 없고, 당위에서 존재를 확인 할 수 없다고 하여²⁰⁵⁾ 당위와 존재가 무관하다고 할 수는 없다.²⁰⁶⁾ 바로 존재를 성충구조로 보는 관점에서²⁰⁷⁾ 존재와 당위는 존재를 하충으로 하고 당위를 상충으로

205) 구스타프 라트부르흐, 최종고 역, 앞의 책, p.36.

206) “당위 명제, 가치판단, 평가라는 것은 존재의 확정을 기초로 하여 귀납적으로가 아니라 같은 종류의 다른 명제들을 기초로 하여 연역적으로만 이루어 질 수 있다. 가치고찰과 존재 고찰은 독립된, 전혀 자신 속에 폐쇄된 원인으로서 병존한다. 이것이 방법 이원론(Methodendualismus)의 본질이다(위의 책, p.37).”에서도 서로 다른 존재와 가치가 독립되어 존재하는 것이 아니라 병존한다고 하고 있다. 비록 여기서는 병존 관계의 의미와 상태를 설명하고 있지 않으나 성충구조란 바로 이들의 병존 관계를 설명하고 있는 것이다. 즉 가치와 존재는 그들 사이에 또 다른 층이 있다는 것이지만 이와는 무관하게 성충의 외존 법칙, 즉 “낮은 층의 범주들은 높은 층의 존재 기초이지만 그 높은 층에 대해서는 ‘무관하게’ 존립한다. 하위 범주들은 상향 형성이나 상위 구축을 기꺼이 받아들여기는 하지만, 이를 요구하지는 않는다. 높은 존재 층은 낮은 존재 층 없이 존립할 수 없지만, 낮은 존재 층은 높은 존재 층 없이도 존립 할 수 있다. …… 높은 범주 층의 새로운 것은 낮은 범주 층에 대하여 전적으로 ‘자유롭다.’ 또한 이 새로운 것은 낮은 범주 층에 대하여 그 모든 의존성에도 불구하고 자신의 자율성을 내세운다. 높은 범주 층의 우월한 구조는 비록 낮은 존재 층의 내부에서는 어떠한 작용 영역도 가지지 않지만, 그 ‘위에서는’ 자신의 작용 영역을 갖는다.”(N. 하르트만, 손동현 옮김, 『존재론의 새로운 길』, 서광사, 1997, p.115)에서 설명하는 바와 같은 이원론에서 말하는 병존의 관계를 설명하고 있다. 바로 이러한 병존의 관계를 밝히는 것이 기본권에 대한 새롭고 넓은 시각을 열어 준다.

207) “성충법칙들은 아주 오래되고 뿌리 깊은 많은 선입견들을 물리치고 있다. 세계가 정신에 의해 지배되느냐 혹은 물질에 의해 지배되느냐 하는 극단 간의 논쟁은 이 법칙들에 의해 종식된다. 세계는 위로부터 지배될 수도 없고 아래로부터 지배될 수도 없다. 왜냐 하면 세계는 각 층마다 범주적인 새로운 것을 내보이기 때문이다. 세계는 또한 이와 달리 이원론적으로 설명 될 수도 없다. 왜냐 하면 어떤 근본 계기는 정신 영역에 까지 침투하고 있으며, 이에 더하여 중간층들은 도식적으

하는, 혹은 존재에 수반된 실재로 ‘존재’와 ‘존재에 수반된 실재’와의 관계라 할 수 있는 관계로 설명 될 수 있다. 이는 양자물리학에서 말하는 입자들 간의 상호 작용, 즉 물질 또는 반물질들 사이에 존재하는 작용에서부터, 이들로부터 창발 된 모든 물질과 생물, 나아가 알 수 없는 그 무엇과의 상호 작용들이 포함 된다. 이러한 관계는 실재하는 것으로서 ‘상향성 관계’와 ‘하향성 관계’로 구분되는 성층구조를 이룬다는 것이 전제된다.

권리관계, 즉 법률 관계역시 이러한 관계성을 함축하고 있으며 이러한 성층 구조 관계를 지닌다. 이렇게 볼 때 성층 구조를 갖는 복잡성의 인간, 즉 인간 내부에서도 이러한 관계를 함축하고 있는 성층구조, 특히 물질의 성질을 갖는 층과, 생물의 성질을 갖는 층, 심리 와 정신의 인간성질의 층으로 구분해볼 수 있는 성층 구조에서 층간의 관계 확인과 실재하는 관계가 무엇인지를 드러내는 것이 필요하다.

또한 마찬가지로 이러한 관계들이 함축되어 창발 되는 관계에는 사회를 구성하고 있는 사람들 간의 관계와, 사람들의 사회 구성이 국가로 진화 하면서 구성된 국가와 국민들 간의 관계, 그리고 인민과 국가와의 관계 확인과 실재하는 관계가 무엇인지 드러낼 필요가 있다.

이러한 실재하는 관계의 드러냄을 필요로 하는 ‘관계’에서, 기본권으로서의 보권에 관한 권리는 국민과 국가 간의 관계이지만 이 관계에 함축되어 있는 관계로서 의료인과 국가 간의 관계, 의료인과 권리 주체로서 국민과의 관계가 있다. 즉, 보권에 함축된 보권에 관한 행위, 특히 의료행위는 국가와 국민 그리고 의료인이라는 삼각관계가 형성된다.

보권에 관한 권리에서 보권이 ‘필요’에 대한 ‘급부’라는 성질을 제거하고 나면 순수하게 남는 의료행위는 의료인의 행위로서 의사의 자유영역에 속하게 된

로 일반화 된 그 두 극단 간의 대립에 결코 부속되지 않는, 나름대로의 힘을 지닌 존재의 영역이기 때문이다(위의 책, p.115).”에서와 같은 설명이 되지만 여기에는 신경과학적 또는 현대물리학의 도움으로 그러한 설명이 소통을 위해 좀 더 필요 할 것으로 본다. 따라서 논지의 이러한 주제는 성층구조에 신경과학적 이론으로 환원 내지는 설명 가능성을 전제한다.

다. 그러나 보건의 ‘필요’에 의한 ‘급부’안에서의 의료 행위는 ‘필요’의 주체인 권리 주체의 의료행위가 되어 보건의 권한 주체의 자유 영역에 속하는 것이다.

이러한 사실로부터 보건의 권한 주체 영역에서 이루어지는 의료행위를 포함하는 의료업은 국가의 보건의 권한 사무로 보아야 하고 의료 행위를 하는 의료인은 국가와 공무 수탁관계를 갖게 된다. 그리고 이러한 관계에서 의료행위는 국민의 행위로 간주됨으로서 의료인과 국민은 ‘대표하는 자’와 ‘대표되는 자’의 관계²⁰⁸⁾를 갖는다.

다. 보건의 권한 주체(권리자)²⁰⁹⁾와 수신인(의무자)²¹⁰⁾

앞서 언급된 관계에서 도출되는 관계 한편은 그 외연에서 배아, 태아, 인간, 사회, 국가 등을 들 수 있는데, 이는 생명을 내포로 하는 모든 외연이 관계 한편이 될 수 있다는 것을 말한다.

그러나 배아, 태아 또는 자연물²¹¹⁾의 경우 그 권리 행사를 어떻게 할 것인가

208) “여기서 대표개념에 내재하는 첫째의 징표를 발견 할 수 있는데, 그것은 곧 대표는 「대표 하는 자」(Repräsentant)와 「대표 되는 자」(Repräsentierte)가 개념적으로 분화 된다는 것이며, 따라서 「대표」에 관한 가장 일반적인 개념의 하나를 다른 말로 표현 한다면, 대표되는 현상이 사물이든 인간이든 그것은 ‘他者를 위한 입장에서의 그리고 그 타자를 위하여 작용을 하는 하나의 현상상태’(Stehens eines Phänomens an Stelle und mit Wirkung für anderes)라고 할 수 있다. 「대표 하는 자」는 「대표 되는 자」, 즉 현존하게 되는 것과는 다른 자이다. 대표 개념 속에는 二元性(dualism) 내지는 二重性(duplizität)이 내재한다.”(이병훈, 『대표의 원리와 의회주의』, 박문각, 1993, p.66)

209) 관계 형성과 함께 창발 되는 것으로 한편은 권리 다른 한편은 의무의 주체가 된다. 의무의 주체는 권리의 주체가 될 수 있고, 권리의 주체는 의무의 주체가 될 수 있다.

210) 권리관계에 있는 관계의 다른 한편.

211) “생물 또는 자연물을 당사자로 하는 소송은 미국에서 비롯됐다. 1969년 윌트디즈니사가 시에라네바다 산맥에 있는 미네랄 킹 계곡을 개발해 스키장 등의 리조트 시설을 세우려 하자 시에라클럽이 반대하고 나섰다. 이 재판은 고등 법원에서 패소했지만 1심에선 원고 승소 판결을 받기도 했다. …… 스톤 교수는 당시 ‘숲도 당사자 적격을 가져야 하는가? -자연물의 법적 권리를 위하여’라는 논문에서 숲, 바다, 하천, 그리고 그 밖의 자연 환경에 대해서도 독자적인 권리 또는 법적 지

가의 문제가 제기되는데, 이는 국가 또는 단체가 법인으로 擬制²¹²⁾되면서 대표 이론²¹³⁾이 적용 되고 있는 바, 이 경우에는 성층 구조 관계를 가질 때 하층에

위를 주어야 한다고 주장한 것이었다(여인호, 「자연의 권리」, 『경남법학』, 제 20집, pp.195-196).” 이러한 주장에서도 본 논지에서 주장하는 생명을 내포로 하는 모든 외연은 권리 주체가 될 수 있다는 타당성이 인정되고 있으며, 또한 권리의 주체가 되는 것은 의무의 주체가 된다고도 할 수 있으므로 자연물의 경우 그 권리와 의무 행사에 대한 대리 또는 대표가 필요 하다. 그렇다면 일반적으로 국가는 국민과 영토와 그 영토에 포함된 것을 국가로 한다는 점에서 자연물의 권리나 의무의 대리 또는 대표가 되어야 한다고 볼 수 있을 것이고, 국가가 단지 국민의 대표 또는 대리의 상태라고 볼 때 경우에 따라서는 국민이 직접 그 대표나 대리가 될 수 있다할 것이다. 그러나 여기에서 제기되는 문제는 인격주체가 갖는 가치, 즉 인간이 갖고자 하는 가치로서 자연물이 권리의 주체가 될 수 있을 것인가 하는 문제가 있다. 즉 자연물은 권리 내용이 될 수 있을 뿐 권리 주체가 될 수 없다는 주장이 다수의견으로 자리하고 있으나, 긍정적인 관점에서 국가나 다른 권리 주체의 연장이라는 점을 수용한다면 법인격이나 대리 또는 대표 원리를 적용 자연물도 권리 주체가 될 수 있다고 본다.

212) 법률관계에서 당사자 능력을 인정받을 수 있도록 규정되는 것을 말하며, 실재론의 성층 구조에서 보면 관계를 가지고 있고 성층의 한 층을 이룬다는 측면에서 이는 의제되기보다도 실재하는 것으로 보아야 한다, 다만 실정법관계를 전제한다는 점에서 의제 된다고 볼 수 있다.

213) “일반적으로 말해서 「대표」(Representation)란 사실상으로나 명목상으로나 존재하지 않는 어떤 것이 동시에 존재하기도 하고 존재하지 않기도 한다는 하나의 패러독스이다.’(H. F. Pitkin, the concept of representation, pp. 8-9). 따라서 대표개념에 의하여 무엇인가 존재하지 않으면서 또한 동시에 현존하는 것으로 생각되는 것이며 이러한 사고연관 속에 대표개념에 특유한 변증법이 존재하는 것이다.”, “여기서 대표개념에 내재하는 첫째의 징표를 발견 할 수 있는데, 그것은 곧 대표는 「대표 하는 자」(Repräsentant)와 「대표 되는 자」(Repräsentierte)가 개념적으로 분화 된다는 것이며, 따라서 「대표」에 관한 가장 일반적인 개념의 하나를 다른 말로 표현 한다면, 대표되는 현상이 사물이든 인간이든 그것은 ‘他者를 위한 입장에서’의 그리고 그 타자를 위하여 작용을 하는 하나의 현상상태’(Stehens eines Phänomens an Stelle und mit Wirkung für anderes)라고 할 수 있다. 「대표 하는 자」는 「대표 되는 자」, 즉 현존하게 되는 것과는 다른 자이다. 대표 개념 속에는 二元性(dualism) 내지는 二重性(duplizität)이 내재한다. ‘대표란 어떤 한 인간과 다른 하나 내지 둘 이상의 인간과의 관계가 그것으로 전자의 의사가 바로 후자의 의사로 보게 되어, 그래서 양자를 법적으로 하나의 인격으로 간주할 수 있는 관계를 말한다.’(G. Jellinek, Allgemeine staatslehre, S. 566; 역서 546.)고 한 엘리네크의 대표관도 이러한 이원성을 전제한다고 할 수 있다. 대표개념에는 이와 같은 이원성 사상이 내재하고 있는 바, 이것과 구별해야 할 것으로서 일원성 사상에 입각하고 있는 同一性(Identität)원리를 주의해 볼 필요가 있다. 동일성은 일정한 유형화된 실제적 변화과정 속에서 실체에 있어서는 동일하지 않은 어떤 것이 역시 동일한 것으로 설명될 수 있다는 것을 의미한다.(H. Gangl, Verfassungsfragen, S. 113f.) 선거권을 가진 시민, 선거인단, 의회 그리고 정부 등과 같은 국가의 최고기관의 의사행위가 국민의 일반

대하여는 상층이 대표로 기능하듯이²¹⁴⁾, 자연물이 국가의 하층을 구성 한다고 보면 자연물에 대해서는 국가²¹⁵⁾가 대표 기능을 하여야 한다.²¹⁶⁾ 그리고 인간 내부의 문제에 있어 각 층과 층의 이익 또는 의사의 구분이 가능해진 이 시대에서 각층의 권리를 어떻게 구분하고 보장할 것인가의 관계가 더욱 분명하게 설명될 수 있어야 한다.

헌법에 의해 설명되고 있는 것으로서의 기본권은 인간이 인간으로서 인간답게 살기위한 기본적인 조건을 말하는 것으로²¹⁷⁾, 헌법에 열거되어 있는 것으로서의 형식적 기본권과 열거되어 있지 않지만 경시될 수 없는 국민의 자유와 권리를 포함하는 실질적 기본권 모두를 말하며 우리 헌법도 이를 수용²¹⁸⁾하고 있다고 한다.

그러나 보전에 관한 권리의 주체로 자국민이 주체가 되는 것은 당연하지만, 외국인을 포함 시킬 것인가의 문제, 그리고 나아가 법인을 포함시킬 것인가의 문제를 제기하기도 한다. 왜냐하면 외국인의 경우 각 개별적 기본권에 따라 다

의사와 ‘동일시된다’고(주 : 이러한 동일성의 원리는 ‘포도주와 빵은 그리스도의 피와 살’이라고 하는 성서적 관념에 있어서도 나타나며(G. Leibholz, aaO., S. 28.) 고대인도 왕의 권한이나, 중국의 황제와 이집트의 파라오의 권한은 신의 현상화(Erscheinener Gott)의 성격을 가졌으며 신으로 간주되고 신과 동일시되었다.(K. Zwysig, aaO., S. 45.)) 볼 때의 경우이다.”(이병훈, 『대표의 원리와 의회주의』, 박문각, 1993, pp.66-67)

위에서 설명되고 있는 바는 성층구조에서 상층과 하층과의 관계에서 하층의 입장에서 상층은 하층을 대표한다는 ‘대표의 원리’가, 상층의 입장에서 하층을 상층과의 통일체로서 동일시된다는 ‘동일성의 원리’가 적용됨을 볼 수 있다. 즉 성층구조의 상층과 하층의 관계에서 상향관계에는 ‘대표의 원리’가, 하향관계에는 ‘동일성의 원리’가 있다.

214) 예를 들어 인간의 동물성, 즉 동물적 욕구가 이성에 의해 대표 된다는 설명이 가능하다.

215) 국가와 국민과의 관계는 인격과 인간과의 관계와 같다.

216) 자연재해로 인한 국민의 손실에 대한 국가책임의 근거로 제시될 수 있다.

217) “‘인간이 인간으로서 그리고 인간답게 살기위한 기본적인 조건’으로서의 기본권이 개인의 주관적인 권리로 헌법에 등장한 것은 물론 근대국가의 탄생과 더불어 시작되었다.”(이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.166)

218) 헌법, 제37조 제1항, “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되어 있지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”

르게 적용되는 것이 일반적이며, 법인도 사항에 따라 적용 여부가 결정되고 있기 때문이다. 그리고 기본권을 실정법적 권리로 보는 법실증주의적 입장에서는 당연히 기본권 주체는 국민에 한정된다.

이와 같이 기본권의 주체는 이론적 헌법해석과 달리 법 현실에서 법률 유보적 태도를 취하는 모순을 갖는데 이는 권리의 주관성에 편협된 이기적 권리의 인식에 근거한다. 따라서 이러한 모순을 제거할 수 있는 생명의 진화론적 성층 구조에 근거할 때, 법률관계에서 권리 주체로서 개인은 국민이라는 법인격²¹⁹⁾으로 창설(창발)된 것이고, 이 법인격 안에 인민, 즉 인격이 함축되어 있으며, 또한 보전에 관한 이익은 국민이 아닌 인격이 “필요”로 하는 이익²²⁰⁾이기 때문에, 보전에 관한 권리의 주체로서 외국인이 포함되는 것은 당연하다. 또한 우리 헌법의 원리로 인정되고 있는 국제주의, 국제 인권 협약, 헌법 제37조에 의해 인정되어야 한다. 그리고 인민과 국민이 구별 되듯, 즉 개인 안에서 식물성과 동물성, 인간성, 사회성은 관계 안에서 권리의 주체, 즉 보전에 관한 권리의 주체로서 인정될 수 있는가(예를 들면 식물인간 상태의 개인, 정신분열증 환자의 경우)하는 문제가 제기된다.

지금의 법률관계는 이들에 대한 보전에 관한 권리의 주체로서 수용되고 있다고 보는데²²¹⁾, 이미 인격이 상실된 식물인간의 보전에 관한 권리를 부여 하고 있다는 점을 분석해볼 필요가 있다.

물론 인격의 회복 가능성을 전제로, 하나의 생명이 시간의 흐름 속에 존재하는 생명의 외연들의 관계²²²⁾에서 시간의 축을 제외했을 때의 함축된 외연들에

219) 기본권의 주체는 법률관계에서 법인격으로 의제됨을 말한다.

220) 보전은 ‘인간의 존엄’의 유지에 필요한 인격에게 주어져야 할 권리이다.

221) 식물인간의 치료의무, 즉 식물인간을 치료하지 않아 사망하는 경우 자연사인가, 안락사 인가의 문제도 제기된다. 지금의 법은 식물인간의 치료 중지를 금지하고 있다는 점에서 식물인간도 보전에 관한 권리로서 치료 받을 권리가 인정되고 있는 것이다.

222) 말하자면 식물인간인 현재의 외연으로서 나와 장차 회복되어 인격을 갖는 미래의 외연으로 나를 상정할 경우 현재의 내가 권리 주체가 될 수 있는 것은 미래의 외연인 내가 현재의 외연으로 간주될 수 있을 때이다. 즉 시간축이 제거된 상태의 나는 과거와 미래 현재를 관통하는 하나의 생명이 여러 외연을 갖지만 이러한

존재하는 생명을 권리주체의 중심에 놓는다면, 과거의 외연과 혹시 올 수 있는 외연에 의해 생명의 외연이 존재 할 수 있어 비록 ‘현재의 인격’이라는 외연이 없어도 권리 주체로서 정당한 권리를 갖는다고 할 수 있을 것이다²²³⁾.

그러나 인간다운 생활을 할 권리와 인간의 존엄, 나아가 생명의 본질을 인식해보면, 또 시간의 축을 제거한 함축된 외연이 부정된다면 식물성 인간의 보전에 관한 권리 역시 권리의 주관성에 편협된 이기적²²⁴⁾ 권리인식에 기인된 착오일 뿐 보전에 관한 권리 주체가 될 수 없다고 보며, 적어도 ‘현재의 권리주체’가 아님은 분명하다 할 수 있고, 다만 시간 축을 제거했을 때 생명의 확장영역으로서 외연에 해당하는 권리 주체성을 가질 수 있다고 본다.

2. 보전에 관한 권리의 의사와 이익

가. 권리의 본질로서 이익

이익은 관계 형성 이전에 이미 추구되어온 것으로 생명의 존속이 ‘있어야 한다는 것’(존재이익 또는 존재가치)과 ‘이들을 위해 요구되는 것’이 필요하다는 것(필요이익 또는 필요가치)이 있으며, 관계가 맺어짐으로써 관계 자체²²⁵⁾가 추구하는 존재가치와 필요가치로서의 이익이 관계 한편으로 구체화 되어 창발된 이익(반사적 이익, 보호 이익으로서 행복이익 또는 행복가치)²²⁶⁾이 있다.

외연에서 시간축이 제거될 필요성이 있다는 것을 말한다.

223) “대마의 사용자가 흡연 행위를 한 후 그에 그치지 않고 환각상태에서 다른 강력한 범죄로 나아갈 경우와 같은 사회적인 위험성 측면에서 보면 …… 과잉금지 원칙에 반하여 행복 추구권을 침해하는 것이라고 할 수 없고……”에서 ‘미래의 인격’을 ‘현재의 인격’으로 판단 할 수 있는 경우를 들고 있다(이병훈, 헌법, 2007, p.269 (합헌, 2005. 11. 24., 2005헌바46)인용).

224) 또한 죽음과 삶에 대한 편견이 작용하는 것으로 생각된다.

225) 존재이익과 필요이익을 갖는 개체들의 관계에 의한 통일체를 말한다.

226) 앞에서 언급된 공권으로 볼 것인가 단순한 반사적 이익으로 볼 것인가의 문제를 안고 있는 것들로 여기서는 모두 ‘존재 이익’과 ‘필요 이익’ 외의 이익으로서 다만 보장 방법이 달라지는, 즉 청구가 아닌 국가의 주관적 작용에 의지 하고 있는 권리로 본다. 따라서 여기에는 평등이나 필요라는 기준이 아닌 형평이라는 기준이

이러한 이익은 생명이 진화와 함께 “있어야 한다.”는 것, 즉 생명의 주체로서 있어야 할 물질의 성질, 생물의 성질, 심리의 성질, 정신의 성질을 갖는 인격이 법규에 의한 국가구성과 함께 창발된 법인격으로 진화한 법인격의 ‘법률관계의 존재이익’, ‘법률관계의 필요이익’, ‘법률관계의 행복이익’이 창발된 것이다.

이로부터 ‘있어야 한다’는 것, 즉 국가는 국민의 존재에 대한 침해 금지라는 의무가 발생하는데, 권리 주체의 입장에서 단지 침해 받지 않으면 되는 권리라는 의미로 ‘소극적 권리’라고 하는 법적 성질이 규정된다. 그리고 권리주체의 자율이 침해되지 않는다는 의미에서의 자유 보장, 즉 자유권이라고도 한다. 이러한 자유는 그 각각의 자율 그대로, 즉 인종, 성별, 국가 등 자율²²⁷⁾이 갖는 속성에 상관없이 모두 동등하게 침해되지 않아야 한다는 의미에서 ‘평등’이라는 분명한 기준이 제시된다.

그리고 ‘요구되는 것’, 즉 생명에 요구되는 것으로서 자연환경에서 의·식·주에 이어 명예와 부, 나아가 법익으로 진화한 필요이익은 국가가 급부를 해야 한다는 의무가 발생하고, 권리주체의 입장에서 권리주체가 스스로 청구를 해야 한다는 의미에서 ‘적극적 권리’라고 하는 법적 성질이 규정된다. 그리고 필요의 급부는 서로 나누어 가져야 한다는 것에서, 자유와는 달리 단지 권리 주체의 주장 그대로가 아닌 필요의 합의에 의한 보장, 즉 사회권이라고도 한다.

이러한 필요는 생존에 필수적이고 이미 사회의 합의에 의한 것으로 국가는 국민에게 필요한 것을 배분을 해야 한다. 즉 필요²²⁸⁾의 분명한 기준은 배분이다.

적용 되는 것으로 이후 모두 이러한 이익을 지칭하는 용어로 ‘행복 이익’을 사용할 것이며 이러한 권리를 지칭하는 용어로는 ‘행복 추구권’으로 사용하고자 한다.

227) 여기서 생명에 필요한 것은 또 다른 깊은 논의를 필요로 하지만, 논지의 한계를 전제하면서 성층 구조에 따른 생명의 자율을 의미하는 것으로 물질의 성질과 생물의 성질 그리고 심리와 정신으로 층 지을 수 있는 각 층의 구별에서 각각 그 생명의 자율을 달리 한다는 점이 전제되고 있다. 또한 생명의 확장영역과 연장영역의 자율도 있다.

228) 자율과 마찬가지로 성층 구조에 따른 생명의 필요를 의미하는 것이며 단지 물질적 필요만을 의미하지 않는다. 즉 물질의 성질과 생물의 성질 그리고 심리와 정신으로 층 지을 수 있는 각 층의 구별에서 각각 그 생명의 필요를 달리 한다는 점이 전제되고 있다. 또한 생명의 확장영역과 연장영역의 필요도 있다.

행복이라고 하는 것은 누가 줄 수도 빼앗을 수도 없는 것이다. 다만 자유의 침해와 필요의 부족에서 행복할 수 없다는 가정은 가능하다. 그렇다고 자유의 침해와 필요의 부족이 행복 추구를 방해한 행복 추구권의 침해라 할 수는 없지만 이들의 침해는 곧 행복의 상실을 의미하기도 한다.

그러나 국가가 존재하기 위해서 국민들이 생존, 공존(평화), 공영해야 한다는 것에서 오는 국가이익이 관계 한편에 구체화되는 이익, 즉 법률상 보호 이익 또는 반사적 이익이 발생하는데 이를 권리의 속성으로서의 이익으로 볼 것인가는 논란이 있다.²²⁹⁾ 그러나 국가는 이러한 이익이 형평에 맞게 국민 개개인에게 조장 될 수 있도록 해야 하는 의무가 발생한다.

이렇듯 생명의 진화, 즉 성층구조의 층을 더해 감에 따라 그 이익도 층을 더해 왔다는 것이고, 이익의 성층구조 역시, 생명의 성층 구조의 각 층간에 적용되는 상향식 관계와 하향식 관계가 적용된다. 이러한 이익의 내포는 가치이고 가치의 외연은 구체적 이익이다. 구체적 이익의 최고류는 生存이고, 다음은 共存²³⁰⁾(平和 또는 共和) 그리고 共榮이라 할 수 있는 것으로 사실상 가치의 우선을 결정짓는 기준이 되며, 이러한 관계는 공영은 생존을 함축하는 공존을 함축하고, 공존은 생존을 함축하는 가치체계를 형성한다.

한편 가치에 있어서 통약불능의 가치와 비교불가능성의 가치를 말하기도 하나 이는 관계를 벗어난 한편의 가치에 적용될 뿐, 관계의 상실은 곧 생명의 상실이란 점에서 관계를 전제로 하지 않는 가치는 가치관계에서 무의미하며, 관계를 전제로 한 가치체계 안에서 가치는 통약가능하고 비교가능하다. 즉 통약 불가능성의 가치는 평등하게 대우 받아야 하는 존재로 가치통약 또는 비교 자체가 불필요하며, 이러한 존재의 가치는 비교나 통약 이전에 침해 받지 않아야 하는 것, 평등한 것이어야 한다. 그러나 통약이나 비교가 필요한 관계를 갖는 인간 개인 내부에 있어서 가치통약 불가능성이 존재할 경우 정신분열, 혹은 회의론에

229) 반사적 이익을 보호할 가치가 있는 보호이익으로 설명되기도 한다.

230) 공생의 가치는 인권의 근거이다. 관계에서 관계 한편의 성층 구조의 파괴는 곧 관계 자체의 파괴를 의미하며, 그 관계는 파괴된 만큼 진화를 역행하여 퇴화된다.

빠지는 결과를 초래한다. 마찬가지로 사회에서도 통약이나 비교가 필요한 관계에서 가치통약 불가능성과 가치비교 불가능성의 주장은 사회의 무질서를 초래하는데 이는 권리의 주관성을 강조한 편향된 이기심²³¹⁾에서 비롯된다.

나. 권리의 본질로서 意思

意思是 생명(구체적으로는 人格)활동의 하나이다. 말하자면 물자체로서 인체가 느끼고, 생각해서, 기억하고, 행하는 것이 물자체인 인체에 더하여 지면서 물자체인 인체로부터 창발 되는 인격이, 물자체인 인체와 그 환경과 관계에서 그 관계를 통제하려는 계획이라 할 수 있다. 이러한 意思 역시 관계 한편과 관계의 진화에 따라 역시 진화하여 왔다. 즉 생물학적 욕동(성욕, 식욕)에서 사회학적 사고(이성적 판단²³²⁾), 그리고 법적 사고(효과의사²³³⁾)로 진화 한 것이다.

의사는 생명의 이익에 의해 촉발되고 구성되기 때문에 이익의 다른 관점의 표현, 즉 말하자면 이익에서 의사가 수반되는 것으로, 설명의 관점을 달리해서 생명이 규정하는 가치가 생명의 외연인 물질과 생물의 관점에서 이익으로, 생명의 외연인 심리와 정신의 관점에서 의사로 변양되어 지칭된다는 것으로서, 생명의 관점에서 의사는 곧 이익으로, 이익은 의사로 설명될 수 있는 관계이다.

231) 성층구조에서 하층의 이익을 상층의 이익보다 우선하는 경우를 말한다.

232) 칸트의 정언명령과 유교에서 말하는 삼강오륜과 같은 명제.

233) “의사표시란 일정한 법률효과를 발생할 목적으로 하여 내적으로 형성된 일정한 의사를 외부에 표시하는 행위이다. …… 의사표시의 구성요소로서 논의되는 것은 다음의 4가지이다. 1. 행위의사; 2. 효과의사; 3. 표시의사, 4. 표시행위. 이들 요소 중 1. 2. 3.은 의사적 요소로, 4.는 행위적 요소로 분류한다. …… 행위의사란 어떠한 행위를 한다는 인식을 말한다. …… 중래 통설에서 말하는 행위의사는 의사표시의 구성요소로 관념할 것이 아니라 법률 행위의 유효 요건인 의사능력의 문제로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. …… 사실적 효과의사 설; 효과의사란 법이 법률효과를 부여할 가치가 있다고 인정되는 사실적 효과를 의욕하는 것이라고 한다. …… 법률적 효과의사 설; 효과의사란 사실적 효과가 아닌 법률효과를 의욕하는 것이라고 한다. …… 어느 학설을 취하든 의미 있는 차이가 발생하는 것은 아니라고 생각한다.”(명순구, “의사표시의 구성요소와 법률행위의 해석”, pp.3-5)

이상에서와 같은 의사 표시의 구성 요소 구분은 보전에 관한 권리에서 특히 중요한 의미를 지니며 본 논지에서 이러한 구분을 그대로 수용 인용 하고자 한다.

다. 보건에 관한 권리의 이익과 의사

생명이 규정하는 보건의 가치, 즉 보건의 이익은 생명 또는 생명의 어떤 상태, 즉 건강한 신체와 같은 대상이 아니고, 즉 생명의 존재가치가 아닌 필요가치로서 생명을 돌볼 방법의 선택 내지는 생명에 필요한 자원의 취득 또는 이용으로, 질병의 치료와 예방, 건강을 위한 운동과 섭생 등이 있다. 따라서 건강권은 신체권, 또는 생명권의 다른 이름 또는 속성을 지칭하는 것으로 보건에 관한 권리와는 구분되어야 한다.

그러나 과거에는 주로 침해에 대한 인식이 쉽고 침해 금지 보장이 가능했던 생명, 신체, 인격에 대해서 생명권, 신체권, 인격권을 내용으로 하는 자유권(소극적 권리)이 국가라는 구체적 대상의 침해로부터 보호되어야 한다는 생각이 권리의식을 지배하고 있었고, 더욱이 자연과 같이 국가가 아닌 다른 것으로부터의 침해에 까지 확장되지 못했던 탓으로 보건에 관한 권리를 하나의 권리로 생각하지 않고 건강권의 일부로 본 것 같다.

또한 진화된 이 시대에 있어서는 질병으로부터, 과학으로부터, 또는 신²³⁴⁾으로부터 올 수 있는 침해들이 구체적이고 강하게 인식되면서, 그리고 그 침해²³⁵⁾로부터 보호의 필요성이 인식되고 그 침해로부터 보호가 가능하게 되면서, 기존의 자유권의 주체인 신체, 생명, 인격과 구별하려고 하는 의식은 이들을 건강권이라 하고, 이를 자유권으로서의 보건에 관한 권리로 설명하려는 경향으로 보인다.

그리고 보건은 생명권과 신체권의 보장 도구로서의 직접적인 이익이 되기 때문에 보건의 결과로써 얻어지는 이익, 즉 건강에 대한 권리라는 생각에서 보건권이 건강권으로 혼동되어 있다고 보여 진다.

그러나 이는 ‘어떤 목적을 위한 수단’에 대한 권리를 ‘어떤 목적의 결과’에 대한 권리와 같은 것으로 오인하는 것과 같은 것이다. 이러한 혼돈은 곧 법률관

234) 신(神)이란 인간이 알 수 없는 것, 또는 알 수 없는 것을 관장하는 그 무엇에 대한 지칭으로, 그 알 수 없는 영역은 끊임없이 변화 하여 왔으며, 특히 정신 영역에서 그 작용이 매우 크다.

235) 지구가 둥글다 하여 사형시키는 것과 같은 마녀 사냥 등의 종교 재판이나 의식.

계 적용의 혼돈으로 이어져 생명권과 신체권이 존재이익이 아닌 필요이익으로 평가되거나, 필요이익이 존재이익으로 인식되는 경우가 발생한다.

예를 들면 치료 될 수 없는 전염병의 의도적 전파를 단지 전염병 예방법을 적용한다거나²³⁶⁾, 인격의 손상에 의한 자살을 단지 정신건강의 문제로 보는 그러한 경우²³⁷⁾이며, 감기치료를 받지 못해 생명권 또는 신체권, 즉 건강권이 침해되었다고 보는 견해 등과 같은 것이다.

또 하나의 중요한 문제는 보건을 통한 이익이 생명의 진화, 즉 성층구조의 층을 더해 감에 따라 그 이익도 층을 더해왔으며, 진화된 층이 요구하는 것들은 과거와 달리 의·식·주보다 더 크게 요구되고 있고, 필요이익이 과거와는 달리 존재이익에 직접적이고 큰 변화를 줄 수 있어 생명에 대한 소극적 권리와 적극적 권리에 대한 새로운 인식을 하게하고 있다.

더불어 이러한 보건에 대한 필요를 요구하는 行爲意思가 의·식·주에 대한 필요를 요구하는 行爲意思와는 달리 권리주체 스스로 분명한 행위 의사를 가질 수 없고²³⁸⁾, 의사의 표시행위 또한 자신이 아닌 다른 주체가 행위²³⁹⁾ 할 것을 전제하는 영역이 대부분이라는 점이다.

이러한 점에서 보건에 관한 권리는 권리 주체의 행위의사 및 효과의사와 권리주체가 아닌 다른 주체의 행위의사 및 효과의사의 관계, 말하자면 환자와 醫師와의 관계, 즉 대표²⁴⁰⁾관계가 형성된다.

여기에서 의사가 갖는 행위의사와 효과의사에 의한 의료행위를 ‘의권’²⁴¹⁾의

236) 미필적 고의에 의한 살인 미수죄가 적용되어야 한다고 본다.

237) 이는 살인유도 내지는 자살 방조죄가 적용되어야 한다. 특히 수사 관계에서 발생한 자살은 더욱 그렇다.

238) 자신에 대해 자신의 이익을 위해 이루어져야 할 행위이지만, 그 의사결정과 행위를 스스로 하지 못하고 타인에 의해 이루어짐을 말한다.

239) 의료 행위를 말한다.

240) 보통 민법에 의한 계약관계로 설명하고 있으나, 공법에 의한 특수 관계로 보아야 한다고 판단한다.

241) 직업이익을 얻기 위한 의사형성이 아니라 치료를 위한 환자의 효과의사 형성 책임이라는 점에서의 의사형성이라고 판단된다.

내용으로 한다고 볼 때 “의권”은 의사의 권리가 아닌 환자의 권리이다. 이러한 관계에서 의권에 대한 침해는 환자의 보건에 관한 권리 내지는 환자 자율의 침해이지 의사의 직업에 관한 권리, 즉 직업의 자유 내지는 의사의 자유영역으로서 의료행위에 대한 침해가 아니다.

3. 보건의 특성과 보건에 관한 권리의 행위 형식

행위는 생명 작용으로, 화학적 작용에서 생물학적 작용으로 생물학적 작용에서 심리 및 정신적 행동으로 진화 하였으며, 나아가 법적 행위로 진화하였고 법적 행위는 자율의 자유, 필요의 청구, 행복의 추구 형식으로 정형화 된다.

앞에서 설명된 바와 같이 보건의 영역에서는 권리 주체가 ‘행위의사’를 주체 스스로 가질 수 없다는 점에서 보이듯, 보건, 특히 의료 역시 스스로 수행하지 않는 행위가 대부분이다. 즉, 보건의 크게 면허 행위와 무면허 행위로 구분될 수 있는데 면허 행위, 즉 의료는 보건에서 주로 생명권 또는 신체권 보호 수단으로 인식되어 왔으며, 존재이익을 보호한다는 의미에서 엄격하게 제한되는 행위이다.

이러한 의료는 보건에 관한 ‘行爲 意思’와 마찬가지로 보건에 관한 권리 주체의 행위이지만, 권리주체가 의료행위의 직접 주체가 될 수 없다는 점에서 의료행위는 위탁 또는 위임에 의해서 이루어질 수밖에 없고, 그 행위가 권리 주체의 행위로 擬制되어야 한다는 점에서 매매되는 상품(용역)²⁴²⁾과 다른 성질을 갖는다.²⁴³⁾

말하자면 행위의 결과가 실질행위자의 소유 또는 창조물이 아닌 ‘대표되는 자(환자)’가 원래 지니고 있는 상태의 회복이라는 것이며, 그리고 이미 되돌릴

242) 즉 의료 행위자의 소유물이 아닌 청구자의 소유물을 돌려주는 것이다.

243) 이러한 취지를 설명하는 규정으로 프랑스 의료법의 “의료인이 아니면 의료행위에서 얻어지는 이윤을 가질 수 없다.”는 규정과 과거 의료법의 “의사가 아니면 의원이나 병원의 원장이 될 수 없다.”는 규정이 있다.

수 없는 과정에 개입이 될 수 있다는 점과, 그 결과를 확인하기 위해 반복 재현시킬 수 없다는 점이다.

4. 보전에 관한 권리에 있어서 효력과 보장

가. 권리에 있어서 효력

효력은 관계가 갖는 힘이다. 인간에 함축된²⁴⁴⁾ 관계가 갖는 힘이며, 사회에 함축된 관계의 힘이다. 따라서 권리의 효력은 관계의 속성에 따라 서로 다른 차원의 효력을 갖는다.

자유권의 경우 자유권의 효력인 자율능력이란 한 개인의 생명의 영역 안에서 일어나는 생명 활동으로 다른 개체의 생명활동에 영향을 주지 않으며, 한 개인의 이성에 의한 추리는 다른 개인의 이성에 의한 추리에 영향을 주지 않는 그러한 작용의 범위 내지는 한계를 말하는 것이며, 자유란 바로 이 영역 안에서 개체의 능력 작용을 말한다.

이 한 개체의 자유 영역은 다른 개체의 자유영역과 통약 불가능성이 적용 또는 비교 불가능성이 적용되지만, 이러한 범위 또는 한계를 벗어나 자유란 있을 수 없고, 공존을 전제하는 상호관계라는 구속력이 작용한다. 따라서 능력에는 경계(층) 지을 수 있는 자유와 층간의 공존관계에 의한 구속으로 구성되는데, 이러한 점에서 능력은 자유에서 구속²⁴⁵⁾으로 진화되었다고 볼 수 있다.²⁴⁶⁾

사회권의 경우 사회권의 효력인 급부의 청구는 필요와 급부될 수 있는 능력에 의해 결정되는데, 여기서의 필요는 단지 주관적 욕구에 의한 필요가 아니라,

244) 사회성관계에는 인격관계가, 인격관계에는 동물성관계가 함축되어 있다.

245) 억압을 의미하는 것이 아닌 통일체의 구성원이 되었다는 것을 말한다. 이점에서 공존해야 하는 구속을 말한다.

246) 간혹 인간은 자연의 동물들을 자유의 상징으로 표현한다. 이러한 동물들의 자유와 사회성에 구속되는 인간의 자유는 비교될 수 없으며, 인간의 자유는 생물 층에서 인간 층으로 진화하면서 변양된 자유라는 의미이다.

생명에 필요한 객관적 산출이 가능한 ‘필요’이다. 따라서 ‘필요’는 비록 합의에 의해 구체화 되지만 전문적이고 과학적인 기술의 도움에 의해 그 올바른 효력이 결정될 수 있다.

그러나 더욱 중요한 것은 자율에 요구되는 ‘필요’이어야 하는, 즉 자유권이 함축된 사회권으로서 자율의 효력이 함축된 필요의 청구능력이라는 점이다. 이러한 점에서 사회권을 언급할 때 자유권이 함께 존재하는 것으로 설명되는 이유라고 보지만 자유권의 효력인 자유능력과 사회권의 효력인 필요에 대한 청구능력에 함축된 자유능력과 분명하게 구분되어야 한다.

행복 추구권의 경우 자유권과 사회권 모두를 함축하고 있는 관계로 자주 그 효력에 대한 회의 내지는 논쟁이 존재하지만 오히려 가장 분명한 구분된 효력의 인식을 필요로 한다. 즉 인격의 최종 목적이자 존재형식이 행복이라면 이 목적과 존재형식은 바로 행복 추구권의 효력에 의해 주어지기 때문이다. 그러나 여기에는 변증적 관계, 즉 행복이 주관적 가치임에도 주관적 가치가 자유나 급여의 청구에 의해 형성되기보다 국가나 사회의 조장에 의해 추구될 수 있다는 변증적 관계를 지니고 있다는 점이다.

나. 권리에서의 보장

권리에서의 ‘보장’은 지금 시대에서 가장 두드러지게 권리의 속성으로 의식되는²⁴⁷⁾것으로서, 즉 ‘권리의 보장’에서의 ‘보장’이 아닌, 즉 ‘권리보장’이 아닌 ‘이익보장’에서의 ‘보장’으로 권리의 효력을 유지하는 권리의 한 차원이다.²⁴⁸⁾ 이러한 권리의 한 차원인 보장은 관계에서 창발 되는 것으로 관계 양편의 진화에 따라 효력과 함께 보장 역시 진화하여 왔다. 즉 생물학적 보장(약육강식의 보장)에서 사회적 보장(윤리와 도덕), 그리고 법적 보장으로 진화 하였다.

247) 권리가 근세에 출현했다는 설은 여기에서 비롯된다.

248) 권리의 보장을 풀어 쓴다면 이익의 보장에 대한 보장이다. 따라서 ‘이익의 보장’, 즉 ‘이익보장’과 ‘이익의 보장에 대한 보장’, 즉 ‘권리보장’은 다르다. 따라서 향후 전자를 ‘이익보장’으로, 후자를 ‘권리보장’으로 지칭하고자 한다.

따라서 보장 역시 성층구조로 진화하고 있기 때문에 법적 보장만을 권리라고 한다면, 그리고 성문법만을 법이라고 한다면 권리는 근세에 창발된 개념이다. 또한 보장은 그 이익에 요구되는 보장방식에 따라 소극적 보장(negative freedom 또는 negative rights)과 적극적 보장(positive freedom, positive rights),²⁴⁹⁾ ‘법률상 보호 이익’ 또는 ‘반사적 이익’의 보호로 구분 지을 수 있다²⁵⁰⁾.

소극적 보장으로 충족되는 존재이익은 그 존재가 외부로부터 침해 받지 않는 것, 즉 관계 한편의 힘이 다른 관계 한편에 영향을 주지 않는²⁵¹⁾, 말하자면 성층구조에서 하층의 구성원 각각의 내적 관계²⁵²⁾에 대한 자유권의 효력인 자율²⁵³⁾의 보장으로서 소극적 권리를 말한다.

이러한 존재이익은 비록 자율의 보장이지만 자율은 창발된 상층의 존재조

249) 여기에서 소극적 권리를 negative freedom, 적극적 권리를 positive freedom으로 표현하고 있으나 이러한 영문의 지시는 적절하지 않다고 본다. 즉 필요가 충족되어 자유할 수 있다는 의미를 positive freedom에 부여할 수 있겠으나 이는 대상적용에 있어 필요의 부족과 존재의 침해의 원인의 혼돈을 가져올 수 있기 때문이다.

250) “호펠트가 제시한 권리의 네 가지 유형인 청구권·자유권·형성권·면제권’이라는 설명에서 청구권 유형에서 권리 구조를 청구행위(권리 보유자의 주장)와 의무행위(주장에 따라야 하는 의무)로 구분하고, 의무자에게 청구한 작위 청구를 적극적 권리(positive claim-right)와 의무자에게 청구한 부작위 청구를 소극적 권리(negative claim-right)”(김도균, 『권리의 문법』, 박영사, 2008, pp.3-20)라고 하고 있는데, 이는 일반적으로 자유 또는 자율에 대한 침해 금지를 통해서 권리가 보장되는 ‘소극적 권리’(negative right)와 급부를 통해 권리가 보장되는 권리 등을 포함하는 ‘적극적 권리’(positive right)와 차이를 보인다. 말하자면 ‘침해 금지 요청’도 청구권으로서 소극적 권리로 설명되고 있으나 이는 자유권으로서 침해 금지이고 소극적 권리라고 본다. 따라서 본 논지에서 사용되는 의미는 후자의 의미에서 사용되고 있지만 본래의 의미가 크게 달라지지 않는다고 본다.

251) 말하자면 한 사람의 생각은 다른 사람의 생각에 직접적으로 개입되지 않는다는 것을 말하며, 이러한 생각은 다른 사람의 생각 자체가 아닌 의도적인 다른 방법을 통해서만 방해될 수 있는데 이것이 소극적 권리의 침해라는 것을 말한다.

252) 예를 들면 사회를 가족의 상층구조로 볼 때 사회로부터 간접 받지 않는 가족의 문제를 말한다. 즉 사회는 한 가족의 구성원의 배우자 선택에 간섭할 수 없는 그런 관계를 말한다.

253) 대상과 심성능력과 관계에서 대상에 영향 받기 전의 대상을 규정지을 수 있는 능력을 전제하고 그 능력에 의해 대상과 관계하는 것을 의미한다.

건, 즉 상층의 존재이익이기도 하다는 점에서 상층이 존재 할 수 있는 범위 안²⁵⁴⁾에서 그 보장은 그 자율의 양태에 상관없이 평등해야 한다는 성질을 갖는다. 즉 자유를 내용으로 하는 자유권의 보장기준은 평등이다.

적극적 보장으로 충족되는 필요이익은 그 존재가 존재 할 수 있기 위한 필요, 즉 성층구조에서 상층을 창발 시킨 하층의 구성원들 모두가 존재하기 위해 필요로 하는 공공재에 대해 청구 할 수 있는 적극적 권리를 말한다. 이러한 필요이익은 하층의 구성원들 각각의 필요 한 만큼 요구 될 수 있는 것이지만, 이러한 공공재는 구성원의 자율에 상관없이 존재해 있거나 상층에 의해 형성된 것으로 공공재의 존재 범위 안에서 배분될 수 있다는 성질을 가진다. 즉 필요의 청구를 내용으로 하는 사회권의 보장기준은 필요의 배분이다.

이익의 조장으로 충족되는 법률상 보호 이익 또는 반사적 이익(이후 행복가치라 함)은 상층을 창발 시킨 하층의 구성원의 존재이익이나 필요이익이 아니지만 하층의 구성원에게 이익으로 부여된다. 따라서 존재와 필요를 떠난 이익이 각 구성원에게 주어져야 하는 기준이 분명치 않아 하층의 구성원간의 이익의 불균형을 가져 올 수 있으며, 이 불균형은 곧 상층의 파괴를 가져 올 수도 있기에 행복가치에는 형평의 기술이 필요하다는 성질을 갖는다. 즉 행복가치를 내용으로 하는 행복 추구권의 보장 기준은 국가 작용의 형평이다.

필요이익은 존재이익을 전제로 하며, 보호이익은 필요이익을 전제로 한다. 따라서 형평은 평등이 함축된 배분을 전제한 형평이며, 배분은 평등을 전제한 배분²⁵⁵⁾이다.

다. 보건에 관한 권리에 있어서 효력과 보장

보건에 관한 이익과 의사를 매개로 하는 법률관계에서 보건은 필요이익이며, 보건에 관한 의사는 권리 주체가 효과의사를 갖지 못한다는 것을 밝힌바 있다.

254) 자연으로 존재하는 범위, 즉 진화를 위해 형성된 것으로 내재적 한계와 같다.

255) 예를 들면 장기이식에서 한사람의 생명으로 여러 사람의 생명을 구한다는 것이 정당하지 않다는 것에서 그 의미를 이해 할 수 있다.

따라서 보건에 관한 권리의 효력은 필요이익이라는 점에서 적극적 효력(청구능력)을 갖게 되며, 효과의사를 갖지 못한다는 점에서 국가의 통제를 받는 부분, 즉 국가의 배분이어야 한다는 성질을 갖는다.

이러한 점에서 또한 보건에 관한 자원은 공공재로 보아야 하며, 치안에 관한 자원이 공공재로서 관리 되는 것과 마찬가지로 보건에 관한 자원도 공공재로서 관리가 보장되어야 한다.

그리고 치안에서 자력구제가 허용되지 않고 있는 것처럼 보건에 관한 방법의 선택은 자력구제가 허용되지 않는 원리가 적용 되고 있다고 볼 때, 보건, 특히 의료를 자유 시장에 맡기게 된다면 보건 의료에 대한 필요와 형평에 대한 통제력을 잃게 되어 사병을 허용하는 것과 같고, 착오된 행복 추구권 내지는 자유권으로 보건에 관한 필요가 잠식될 것이며, 다른 재화와 달리 보건의료는 공급이 수요를 창출한다는 점에서 지나친 國力 내지는 國富의 손실을 가져 올 것이다.

5. 주관적 권리로서 보건에 관한 권리관계의 종합

먼저 논지의 주장을 설명하는 용어들이 지칭하는 의미를 좀 더 분명하게 하기 위해서 보건에 관한 권리 설명에 사용되는 주요 용어들이 지칭하는 대상들을 체계적으로 구분 지을 필요가 있다.

이러한 체계적 구분은 층과 영역, 즉 성층구조에서 하나의 성질이 상향관계와 하향관계를 갖는 진화의 축에서 서로 다른 층의 성질을 지칭하는 수직적 차원과 한 층을 구성하면서 서로 다른 영역을 지칭하는 수평적 차원으로 구분하여 서로 배타적인 영역으로 경계 지을 수 있도록 하는 것이 도움이 된다는 전제하에, 논지에서 사용되는 주요 용어들을 다음 표에서 보는 바와 같이 지칭하는 의미로 구분하여 사용하고자 한다.

표 2. 용어가 지칭하는 대상들의 구별을 위한 의미 구분 및 사용 예시 문장

[진화와 영역에 따른 권리 설명 용어의 지시영역 구조]										
영역 성층	권리 구분	권리 법적 성격	중심 주체	보장 가치	보장 형식	보장 기준	실현 방법	보장 결과	개인 칭호	중심 규범
복지 국가	행복 추구 권	보호 가치 이익	國家	幸福	助長	衡平	追求	共榮	國民	法規
사회 국가	사회 권	적극 적 권리	社會	必要	給付	配分	請求	平和	人民	道德
자유 국가	자유 권	소극 적 권리	個人	自律	禁止	平等	生存	自由	個人	意志
<p>[의미 영역 구분의 설명]</p> <p>자유국가에서 사회국가 그리고 복지국가로 진화(발전)하고 있는 국가에 있어서 복지국가는 자유국가를 함축하는 사회국가를 함축하고 있고, 사회국가는 자유국가를 함축한다.</p> <p>함축되어 있는 것에서 함축하고 있는 것으로 속성이 이어질 때는 속성이 변양되어 발현되기 때문에 서로의 속성 역시 함축 관계를 갖게 된다. 즉 국민은 인민이기도 하고 개인이기도 하지만, 개인이 인민이나 국민인 것은 아니고, 추구는 청구이기도 하고 자유이기도 하지만 자유가 청구일 수 없고 청구가 추구일 수 없다.</p> <p>그러나 이러한 용어의 구분은 국가라는 하나의 존재를 진화 정도에 따라 그 함축된 층을 구분한 것에 지나지 않고, 각 범주에 따라 그 진화 정도가 서로 다를 수 있다.</p> <p>따라서 용어의 지칭 영역 구분이 꼭 필요한 선험적 분석의 경우에만 그대로 적용될 수 있고, 일반적인 경험의 영역에서는 그 구분이 어려운 경우가 대부분이다. 이러한 구분의 실익은 복지국가 속에 사회국가, 자유국가가 일정부분 기능하거나 함축되어 있듯이 상층은 하층을 함축하고 있다는 것을 전제하는데서, 상층에 함축된 하층의 내용이 상층에서 하층의 용어로 지칭해서는 안 된다는 것과</p>										

상층의 용어로 하층의 내용을 지칭해서도 안 된다는 것을 강조하기 위한 구분이라고 할 수 있다.

즉, 자유는 평등의 원리에 따르지 형평의 원리에 따르지 않는 것과 같이 한 층의 문제는 그 층의 범주에 따른 구분된 용어사용의 필요성을 설명하기 위함이다.

[용어의 예시적 사용 문장]

개인들이 자유 의지에 의해 생활하면서 서로 부조하는 개인, 즉 인민들의 집단으로 사회가 구성되고, 각 인민의 필요는 충족되어야 한다는 윤리 의식이 진화하여, 국민 모두가 반드시 따르도록 하는 법규의 형성과 함께 인민을 국민으로 호칭할 수 있는 국가로 진화 하였다.

자유국가, 즉 야경국가는 평등의 원리에 주로 구속되는 개인의 생존가치를 우선으로 하여 개인의 자율에 따른 자유를 먼저 보장한다.

사회국가, 즉 급부국가는 배분의 원리에 주로 구속되는 인민의 필요가치를 우선으로 하여 사회 평화를 먼저 유지하고자 한다.

복지국가, 즉 사회복지국가는 형평의 원칙에 주로 구속되는 국민의 행복가치를 우선으로 하여 국가 공영을 이루고자 국민의 복지 실현을 강조한다.

그러나 이러한 목적은 따로 존재하는 것이 아니라 함축을 갖는 관계로서 공영의 목적에는 생존과 공화가, 공화의 목적에는 생존이 함축되는 관계를 갖는다. 따라서 생존의 파괴는 공존은 물론 공영의 파괴를, 공존(평화)의 파괴는 공영의 파괴를 가져 오는 관계로 생존과 평화는 공영보다 더 중요 하다고 할 수 있다. 그러나 생존은 평화(공존)를 위해서, 생존과 평화(공존)는 공영을 위해서 존재하는 것으로 파악 된다거나, 공영의 파괴는 결국 생존과 평화를 잃게 되는 것이라면 공영의 가치가 오히려 가장 크다는 견해가 있을 수 있다.

그리고 생존과 평화 및 공영이 부분적으로 침해가 있을 수 있고 이러한 부분적 침해 또는 상실과의 관계에서 이익 또는 의사의 충돌과 경합 내지는 가치질서의 문제가 발생한다.

국가로부터 개인은 개인 자신이나 개인의 확장 또는 연장 영역에서 평등하게 자유를 누릴 수 있고, 그리고 인민 자신이나 확장 또는 연장 영역에서 필요한 것을 배분에 따라 급부 받아야 하며, 국민은 자신이나 자신의 확장 또는 연장 영역에서 국가의 형평에 맞는 조장 아래 행복을 추구할 수 있다.

성층구조로 실재하는 인간에 있어서 권리가 내포하고 있는 것은 “양편을 갖는 관계에 있어서 관계 한편의 이익에 의해 동기화된 욕구가 체계화된 의사를 통해 자율을 누리고, 필요를 배분 받으며, 행복을 추구하는 능력이 행위 될 수 있도록 하는 보장”이라고 설명 될 수 있으며, 성층 구조로서 인간과 인간세계가 진화함에 따라 권리에 대한 인식과 그 이름이 달라져 왔고, 장차 더 진화 할 것으로 판단된다.

이러한 의미를 지칭하고 있는 권리는 성층구조의 각층의 성질에 따른 권리 행사의 방법에 따라 구분될 수 있는데 위 표에서 볼 수 있는 것과 같은 구분이 가능하다. 각 층의 경계는 명확하게 그어질 수 없으나 그 중심적 개념은 위 표에서 설명되는바와 같이 성층 구조의 각층을 구분 할 수 있을 만큼 분명하다. 각 층이 갖는 권리에 대해, 자유를 평등하게 가질 권리(소극적 권리), 필요를 배분 받을 권리(적극적 권리), 행복을 형평에 맞도록 조장 받을 권리(보호 이익)로 지칭할 수 있다.

배분 받을 권리는 평등할 권리를 전제로 가능하며, 조장 받을 권리는 배분받을 권리를 전제로 한다. 평등해야 하는 것은 자율이고, 배분해야하는 것은 필요한 것이며, 조장해야 하는 것은 행복이다.

자유는 평등하게 누릴 수 있고, 필요는 배분에 따라 급부되어야 하며, 행복은 형평에 맞게 조장되어야 한다. 평등한 자율 영역은 사적 영역이며, 배분 받을 급부 영역은 공공의 영역이고, 형평이 조장되어야할 영역은 국가영역이다.

필요는 자율의 평등을 전제하지만 필요가 평등해야하는 것은 아니고, 행복은 자율의 평등과 필요의 배분을 전제하고 있지만 행복이 배분될 수 있는 것은 아니다.

권리에 관한 법률관계란 바로 이러한 ‘자율의 평등’, ‘필요의 배분’, ‘행복의 형평’의 규정을 전제로 한다고 할 때, 법적 권리란 ‘평등한 자율’, ‘배분되는 필요’, ‘형평에 따른 행복’의 법적 보장이다. 따라서 권리에서 보장이란 위에서 언급된 ‘평등한 자율’, ‘배분되는 필요’, ‘형평에 따른 행복’이 함께 이루고 있는 성층구조의 제한과 한계의 성질을 포함하는 행위능력의 법적 합의이다.

이 보장(법적 합의)은 행위능력이 갖는 성질에 따라, 즉 ‘평등한 자율’에서는 자율 침해의 금지, ‘배분되는 필요’에서는 필요에 대한 급부, ‘형평에 따른 행복’에서는 행복의 균형을 위한 조장²⁵⁶⁾ 등과 같이 보장 방법이 다르며, 각 행위능력의 고유의 수단을 갖게 된다. 또한 행위능력이 작용하는 진화의 위치와 범위 그리고 행위능력의 조합 상태²⁵⁷⁾에서 관계에 따라 그 보장이 달라진다.

이상과 같은 권리관계 종합에서 보건에 관한 권리는 ‘보건’을 ‘건강’이 아닌 ‘건강을 돌보는 것’이고, 또한 ‘건강을 돌보는 것’이 수익자 주체의 행위가 아닌 ‘대표 행위’로서 이루어지는 ‘필요’라고 볼 때 ‘보건에 관한 권리’는 법률관계에서 ‘필요의 배분’ 관계로서 급부를 수단으로 하는 적극적 권리이고 실체적 권리이다.²⁵⁸⁾²⁵⁹⁾

또한 ‘보건에 관한 권리’ 역시 이익과 의사가 형성하는 가치질서가 전제되며, 가치질서는 객관적 질서의 요소로서의 헌법에 記述되는 기본권을 중심으로 한 권리 체계를 가능하게 한다. 그리고 국가가 가치판단의 방식을 법으로 할 때, 가치는 비교 가능하고, 통약 가능하여 국가 질서가 정립됨으로써 행복한 국민이 되는 복지국가를 이룰 수 있다.

그러나 진화는 생존에서 공존으로, 나아가 공영으로 이루어지면서, 인간 의

256) 여기서 배려란 약자를 동정하는 그러한 배려의 의미가 아니라 반드시 그 상황을 고려해야하는, 즉 정책의 의무를 말한다.

257) 기본권의 경합과 충돌을 일으키는 원인으로, 자유와 배분의 경합, 복지와 필요의 경합이 있을 수 있고, 같은 권리관계에 있어서도 생명 본래의 영역과 확장 영역 그리고 연장 영역들이 서로 다른 차원, 즉 관계 한편의 본래 생명 영역의 필요와 다른 한편의 확장 영역의 자유가 충돌하는 것과 같은 관계를 말한다.

258) Allen E. Buchanan, “The Right to a Decent Minimum of Health Care”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 13, No. 1, Winter, 1984, pp.55-78에서는 ‘필요’의 구체성 문제, 권리의 보편성 문제 등을 들어 이러한 권리 성격을 부정하고 있다.

259) “Nozickian Libertarianism and A Positive Right To Health Care”, submitted to the Graduate School of the University of Wisconsin-Madison in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy by Dale Francis Murray, December 2003 May August 에서는 노직의 자유주의 이념에서 찾을 수 있는 보상적 권리 등에 근거하여 우리는 보건에 관하여 제한적인 적극적 권리를 지닌다고 주장한다.

식의 확장과 技術의 발달이 동반 되었고, 이들의 진화 속도는 법률관계를 갖는 권리체계의 정립속도를 능가하고 있어 기존의 권리체계가 권리에 대한 의사소통을 어렵게 하거나 저해가 되는 모습을 보이고 있다.

두드러지게 나타나고 있는 문제는 이익과 의사와 보장이 성충에 따라 일관되게 인식되지 않는다는 것(드러나지 않는 다는 것), 즉 우선하는 가치가 일관되지 않는다는 것이다.

이러한 점에서 실정법규는 우선하는 가치가 일관된 객관적 질서의 규정이 되어야 하겠으나, 실정법규가 항상 일관될 수 없다는 불완전성을 누구나 알고 있는 사실이기에, 실정법규의 일관성으로의 접근을 전제로 한, 규정의 합의가 필요하며, 합의 또한 관계자 모두의 합의로의 접근을 전제로 한, 다수의 합의를 실정법규의 근거로 승인 되고 수용되어야 한다.

결과적으로 보건에 관한 권리는 양생과 의료를 내용으로 하는 공공재(公共負財 포함)를 국민이 국가에 대해서 급부를 청구 할 수 있는 적극적 권리이며, 여기에는 배분된 보건을 자유로이 사용할 권리가 함축되고 형평에 맞는 조장이 함께 있어야 할 것이 요구된다.

제3절 객관적 질서로서 보건에 관한 권리

논구하고자 하는 구체적인 대상인 ‘보건에 관한 권리’는 현행 대한민국 헌법에서 명시하고 있는 제36조 ③항 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”의 학적 설명이다.²⁶⁰⁾

260) 따라서 앞에서 언급된 연구의 한계와 권리구조를 토대로 하여, 기본권 해석은 의식적이든 무의식적이든 어떤 특정한 기본권 이론에 따른다는 점을 수용하여, 자유주의적 내지 시민적·법치국가적 기본권이론, 제도적 기본권이론, 기본권의 가치이론, 민주적·기능적 기본권이론, 사회국가적 이론, 특히 기본권을 주관적 공권과 가치체계 및 가치질서로 파악하는 이론에 따라 보건에 관한 권리를 현행 헌법체계와 관련하여 조망해보고, 위에서 언급된 권리의 구조에 따른 보건에 관한 권리를 설명하려는 것이다.

한편 성층 구조에서 각 층이 독립적으로 혹은 연합되어 존재하거나 기능할 수 있다는 것을 전제로 사고 할 때, 권리는 ‘통약 불가능성’ 또는 ‘비교 불가능성’을 갖는 영역과 ‘통약 가능’ 또는 ‘비교 가능’영역으로 분리 될 수 있는 까닭에 통약 불가능의 가치 주장이 있을 수 있다. 특히 권리는 주관적 법이라는 말에서처럼 관계를 중요한 것으로 의식하려 하지 않는 한, 관계를 전제하지 않는 주관에 편향되며, 이렇게 편향된 주관성이 권리의 속성으로 인식하는 경향이 있으나, 이렇게 편향된 주관성은 인간의 이기심²⁶¹⁾이다.

이러한 이기심은 객관적 질서로서의 권리보다 주관적 권리로서의 권리만을 주장한다. 즉, 국가의 의무만을 규정한 규범에서는 주관적 권리를 발견해내서는 안된다고 주장한다. 이러한 주장, 즉 인간의 다툼과 오류, 즉 소통의 어려움의 가장 큰 원인은 바로 이러한 일방적 전제경향에 있다. 따라서 여기의 보전에 관한 권리 인식은 주로 이러한 일방적 전제를 밝히고, 실재하는 관계를 확인하여 객관적 질서와 함께 주관적 권리를 이해하는데 중점을 두고자 한다.

그리고 객관적 규범으로서의 형식²⁶²⁾을 갖는 보전에 관한 권리로부터 주관적 권리로서 적극적 권리인 보전에 관한 권리를 추정하여 확정적 명령을 형성해 낸다는 점²⁶³⁾에서, 기본권 충돌이나 기본권경합에 있어서도 충돌이나 경합으로부터 하나의 확정적 명령을 형성해 낸다는 점²⁶⁴⁾에서, 그리고 이렇게 형성된 확정적 명령이 효력을 발생시킨다는 점에서 보전에 관한 기본권의 효력과 실현의

261) 여기서의 이기심은 인간 개개인의 집합으로 창발 된 사회를 인간 개인적 삶의 도구로 보는 개인주의적 사고를 말한다.

262) 헌법 제36조 제3항에서 “모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다”라는 규정이 단지 국가의 의무만을 규정하는 것으로서 추상적 규범 내지는 프로그램 규범으로 보는 일반적 견해에 따른 표현이다.

263) 로베르트 알렉시의 「주관화명제」(Subjektivierungsthese) 이론을 들 수 있다 (게오르그 엘리네크외, 김효전 편역, “주관적 권리와 객관적 규범으로서의 기본권”, 『독일기본권 이론의 이해』, 법문사, 2004, pp.366-367).

264) 기본권 경합 내지는 충돌에서 비례의 원칙 등을 적용하여 하나의 확정적 명령을 이끌어 내는 것은 충돌되거나 경합되는 어느 한 권리를 배제시키는 것이라고 볼 수 없고, 충돌과 경합되는 권리가 융합하여 하나의 확정적 명령을 형성시키는 것으로 보아야 하며, 이는 바로 기본권이 객관적 질서 규범으로서 기능한다는 것에 근거지울 수 있다.

문제, 이들 모두를 여기에서 기본권의 객관적 질서의 차원에서 다루고자 한다.

1. 인권과 기본권 관계에서 보전에 관한 권리

기본권의 이론적 배경은 헌법의 이론적 배경과 같이 한다고 하는 견해²⁶⁵⁾, 즉 법실증주의적 견해인 관계이론과 지위이론, 결단주의적 견해로서 시민적 법치국가의 원리와 제도적 보장의 원리, 통합과정론적 견해 등을 보이고 있지만 이들 각각의 견해는 충분한 배경 설명이 될 수 없다고 한다.²⁶⁶⁾ 이렇게 제시되고 있는 이론들이 충분하지 못하다는 것은 각각의 이론이 잘못되었다기보다 기본권의 어느 일부의 성질을 설명하고 있다는 것으로 보이며, 이는 앞에서 언급한 바와 같이 성층구조의 구분이 없는 혼재된 상태이거나 어느 한 층에 편입되기 때문이라고 본다.

성층구조를 바탕으로 한 분석도구로서 권리구조는 헌법에 대한 다양한 주장들이, 서로 헌법의 다른 성질들, 즉 헌법이 지니고 있는 중첩된 성층구조에서 서

265) “기본권이란 무엇이며(개념), 그 본질은 어떻게 파악할 것인가는 바로 헌법과 국가를 어떻게 파악할 것인가와 직결되어 있다. 그러므로 기본권의 문제는 헌법과 국가의 문제와 동시에 해결되지 않으면 안 된다.”(이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.199).

266) “이상의 세 개의 헌법(국가)관에서 바라본 기본권관 가운데, 그 어떤 것도 그것 하나만으로 오늘날의 기본권 이론을 완벽하게 설명해 낼 수는 없다. ‘법률 속에서의 자유’를 주장하는 법실증주의적 견해에 대하여 ‘국가로부터의 자유’를 강조한 자유주의적 자연법적 기본권 이론은 기본권관의 새로운 지평을 열어준 감이 있다. 그러나 슈미트는 그러한 법치국가적 기본권관을 자신의 민주주의적 통치구조론과 자연스럽게 접합시키지 못하고, 이질적인 요소의 불완전한 결합으로서 미완성의 산물로 생각한 것은 역시 그의 시대적 한계를 노정해 준 것이라고 보인다. 그런 의미에서 스멘트가 기본권과 통치구조를 하나의 정치적 통일형성의 목적과 수단으로서 유기적으로 파악한 것은 타견이라 아니할 수 없다. 그러나 통합과정론적 기본권관은 ‘국가를 향한 자유’와 공동체의 형성에 협력할 수 있는 협력권으로서의 성격 그리고 사회적 기본권을 잘 설명할 수 있는 반면에, 자유권적 기본권의 성격을 설명하는 데는 미흡하며, 자유권적(자연법적) 기본권 이론은 그 반대라고 할 수 있다. 그리고 기본권을 국가권력과 개인의 자유와의 한계를 설정하는 규범으로 이해하는 법실증주의적 기본권관은 기본권의 본질적 성격에 관한 규명이 없음에도 불구하고, 기본권 개념을 실정법적으로 명확히 했다는 장점은 인정하지 않을 수 없을 것이다.”(위의 책, p.204).

로 다른 층에 집중되어 설명하고 있는 각각의 편협 된 견해를²⁶⁷⁾ 포섭하여 일관된 설명을 가능하게 한다는 것을 전제로 논지를 전개하고자 한다.

따라서 보건에 관한 권리는 실정법관계와 인간관계에서 존재하는 기본권과 인권의 성질을 함축하고 있는 것으로서, 생명의 진화와 창발에 따른 성층구조에서의 관계를²⁶⁸⁾ 바탕으로 한 권리구조를 근거로, 이 권리구조에 따라 분석하고 종합함으로써 이러한 편견에서 좀 더 벗어 날 수 있다는 것을 전제 한다.

이러한 관점에서 보건에 관한 권리는 기본권 목록에²⁶⁹⁾ 열거되어 있는 권리로 형식적 기본권의 성질을 갖는 권리이며, 우리 헌법에 열거된 기본권이 자연법이론이 적용되고 있다는²⁷⁰⁾ 점에서 실질적 기본권의 성질도 갖는다. 따라서 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리는 개인의 가치를 보장해주는 주관적 공

267) “이상의 세 개의 헌법(국가)관에서 바라본 기본권관 가운데, 그 어떤 것도 그것 하나만으로 오늘날의 기본권 이론을 완벽하게 설명해 낼 수는 없다.”(위의 책, p.204).

268) “법규범이 한편으로 주관적 의미에 있어서의 권리와 객관적 의미에 있어서의 법 질서로서 상호간에 조건과 전제를 이루고 있다는 점을 웅변적으로 표현한 문헌으로서는 Rudolf von Jehring, Der Kampf ums Recht, 4.Aufl. Wien, 1874(沈在宇 역, 『權利를 위한 투쟁』, 박영사, 1989)가 있다. 예링은 여기에서 ‘구체적 권리가 일면에 있어서는 법률로부터 그의 생명을 얻는 것과 마찬가지로 그것은 타면에서는 법률에다가 생명을 되돌려 준다. 그렇기 때문에 객관적인 또는 추상적인 법과 주관적인 또는 구체적인 권리와 관계는 심장으로부터 피가 흘러나와서 심장으로 다시 흘러 들어가는 혈액순환과도 같다(역서, p.76)’고 하면서 권리를 위한 투쟁은 자기 자신에 대한 의무일 뿐만 아니라 동시에 사회공동체에 대한 의무라고 주장한다.”(이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.198, 주12).”에서 보여주는 ‘자신’과 ‘사회공동체’의 관계가 하층으로서의 자기 자신과 상층으로서의 사회공동체의 관계와 같다는 것이다.

269) “기본권을 헌법에 규정된 기본권 목록, 즉 우리 헌법의 제2장(§10~§39)에 열거되어 있는 사항으로서, 헌법에 기본권으로 규정된 것이라고 이해한다면 그 것은 형식적 기본권 개념이라고 할 수 있다”(헌법, 이병훈, p. 195).

270) “우리 헌법은 자연법이론을 바탕으로 기본권이 규정되어 있다고 보여 진다. 즉 헌법 제10조 제2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”에서 “확인”한다는 말은 기본권이 헌법제정자나 입법자에 의하여 창설되는 것이 아니라 이미 존재하는 기본권을 발견하고 확인한다는 뜻으로 새겨진다. 또 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거 되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정은 기본권은 반드시 헌법에 규정된 사항에 한정되는 것이 아니란 뜻이며, 이는 실질적 기본권 개념 내지 자연법 이론의 실정화로 받아들여진다”(헌법, 이병훈, p.195).

권이며²⁷¹⁾, 국가와 국민의 가치 질서로서²⁷²⁾ 인권을²⁷³⁾ 함축하고 있는 기본권으로²⁷⁴⁾, 국민은 물론 인권이 보장되는 모든 개인에게 보장되는 권리이다.

2. 보전에 관한 권리의 형성과 보호

형식상 제36조 제3항의 ‘보전에 관한 권리’는 단지 프로그램 규정이라고 하면서²⁷⁵⁾, 이는 보전에 관한 급부를 해야 한다는 국가의 의무를 규정한 것으로서, 다만 이를 근거로 하여 입법을 명하고 있다고 하여²⁷⁶⁾ 그 권리로서 실체를

271) “기본권은 우선 개인의 권리, 특히 국가에 대한 주관적 공권이다. 권리란 궁극적으로 소송을 통하여 자기의 주장을 실현 할 수 있다는 것을 의미한다. 개인은 국가 권력이 기본권을 침해 할 때에는 소송을 통하여 자신의 기본권을 주장할 수 있다.”(헌법, 이병훈, p.196).

272) “기본권은 첫째로 개인의 주관적 방어권으로서 기능하지만, 이것은 동시에 개인을 공동체에 편입하는 객관적 질서 요소로서 공동체의 법질서의 기초를 구성한다. 기본권의 실행을 위하여 보장되는 주관적 권리로서의 기본권의 의의에 대응하는 것은 공동체의 전체질서의 요소로서 기본권이 갖는 객관적(objektivrechtlich) 의의이다. 이 전체 질서에 의하여 개인의 지위가 구체적으로 형성되고 한계가 정해지며 보호되지만, 그 전체질서 자체는 주관적 권리로서 기본권의 실행에 의하여 구체적 생명력을 가질 때 비로소 그 현실성을 얻을 수 있다”(헌법, 이병훈, p. 197).

273) “일반적으로 인권은 인간의 존엄에 상응하는 생활을 확보하는데 필수적이며 그 구속력이 자연법으로부터만 결과되는, 인간이라는 이유만으로 모든 사람에게 마땅히 귀속되는 권리라 정의 된다. 달리 표현 한다면 인권이란 인간이기 때문에 당연히 향유하는 인간 생래의 권리라 할 수 있다”(基本權의 概念과 分類, 사회과학 연구 제7집, 홍성방, p.163).

274) “그에 반하여 인권이 각국의 실정 헌법에 성문화 되면 그것을 기본권이라 한다”(앞의 책, 홍성방, p.163).

275) 이병훈·허영·권영성, 앞의 책.

276) “급부입법은 시민과 국가 간의, 아울러 입법과 행정 간의 새로운 관계를 나타내게 된다. ‘자유와 재산에의 침해’는 의미를 상실하고 협동, 커뮤니케이션, 절차, 참가와 같은 형식이 중요하게 된다. 급부의 관계들은 잠재적으로 기본권에 대한 관계로 된다.”(헤벨레, 급부국가의 원리, p.185)고 하면서 급부법률을 다음과 같은 여섯 가지 유형으로 설명하고 있다.

1. 조치법률, 2. 계획법률, 3. 향도법률, 4. 대강법률, 5. 통제법률, 6. 조직·절차법률 그리고 급부법률의 증가는 기본권상의 자유의 증가를 의미할 수 있는 것이라고 한다.

부정하는 견해와 더불어, 보건에 관한 권리를 헌법의 기본권 목록에 명시함으로써 국가의 보건에 대한 의무를, 그리고 국민으로 하여금 보건에 대한 권리를 인식하게 하여 법전 형식 자체의 이익이 있다는 정도와 보건권의 진화를 촉구하는 효과의 영향력도 있다는 정도의 견해가 지배적이다.

그러나 이러한 형식을 갖는 ‘보건에 관한 권리’가 보건에 관한 권리의 촉구에 그친다면 급부국가에서 권리 행사의 방법만 다를 뿐 소극적 권리보장 못지않은 적극적 권리의 권리 보장성이 퇴색되어 결국 일반적인 기본권 보장상의 퇴색으로 이어질 것이다.

그리고 권리 주체로서 자연인이 아닌 법인에 대한 기본권 주체성의 부여와 대사인적 기본권 효력의 인정은 기본권관계에 있어서 자연인을 포함한 기본권 주체의 기본권이 헌법이 규정하고 지위²⁷⁷⁾에 따라 형성될 수 있다는 것을 말한다. 이러한 점에서 헌법 제36조 제3항은 보건에 있어서 국가(기본권 보호 의무 주체)와 공무 수탁인(기본권 객체) 그리고 국민(기본권 주체)의 법적 지위를 설정하고 있는 것이다.

따라서 ‘보건에 관한 권리’는 단지 촉구가 아닌, 헌법에 의해 설정된 지위가 보장되는 실체적 권리로서, 다만 그 지위에 필요한 향도, 대강, 조치, 계획, 통제 등으로 형성이 완성되는 기본권이라 할 수 있다. 즉 권리 내용의 성질상 이러한 규정들을 필요로 하는 것일 뿐, 이러한 규정이 미비 되었다 하여 실체적 권리가 아니라고 할 수 없다.

277) 기본법상의 기본권에서는 여러 의미층(意味層)이 상이하게 강조되고, 때로는 유동적인 형태로 결합되어 있다. 한편에 있어서 기본권은 주관적 권리, 즉 개인의 권리이다. …… 다른 한편에 있어서 기본권은 공동체의 객관적 질서의 기본 요소이다. 이는 1차적으로 개인의 권리를 포함하고 있지 않거나 개인의 권리는 전혀 보장하고 있지는 않으나, 그럼에도 불구하고 기본권 목록에 수록 되어 있는 보장(……)들에 대하여 인정 된다. 이는 또한 제 1차적으로 주관적 권리로서 형성되어 있는 기본권들에 대해서도 타당하다. …… 이러한 이중성 때문에 기본권은 지위를 설정하는 작용을 한다. 즉, 기본권은 주관적 권리로서 개인의 근본적인 법상태(法狀態)를 규정하고 보장한다. …… 기본법상의 기본권에 의하여 설정되고 보장되는 개인의 헌법상지위는 실질적인 법적 지위, 즉 개인이건 국가권력이건 무제한하게 처분할 수 없는 구체적으로 확정된 내용을 갖는 지위이다(콘라드 헤세 저, 계획열 역, 통일 독일 헌법 원론(20판), 박영사, 2001, pp.180-181).

이렇게 볼 때 헌법 제36조 제3항을 보건에 관한 권리를 위한 급부 법률이 입법되어야 한다는 당위 규범으로 하여 추정되는 「확정적 명령」이 드러날 수 있도록 마땅히 보건에 관한 권리가 급부입법으로 입법되어야 한다.

다만 바로 이러한 급부법률, 즉 “필요”의 보장이라는 권리를 규정짓는 법규의 법 기술 방법은 침해법률, 즉 주관적 권리를 규정짓는 법 기술 방법은 다를 수밖에 없는 것이기에, 침해 금지 보다는 급부를 중심으로 한 권리 보장 기술이 좀 더 복잡하고 구체적이어야 한다는 것을 강조하여²⁷⁸⁾, 성숙과정에 흔히 발견되는 입법부작위가 폭넓게 수용되어야 한다.

따라서 이러한 급부 입법은 객관적 질서로서 기본권이 먼저 수용되고 이러한 질서가 주관적 기본권을 포섭한다는 것이 전제 되어야 한다.²⁷⁹⁾

이러한 전제를 바탕으로 적극적 권리의 핵심인 “필요”가 먼저 확정 되어야 하고 그 “필요”의 급부에 관한 절차 방법 등의 체계가 기술 되어야 한다.

이와 같이 보건에 있어서 “필요”의 확정에서 일반적으로 보건의 “필요”로 일컬어지는 ‘일차보건(일차 보건의료, primary health care)’은 국가의 능력이 주어지는 한계에서 과학적 확정을 제시하고 국민의 합의를 얻어내어 입법이 되는 것으로써 보건에 관한 법적 권리형성이 시작되었다 할 수 있다.

278) 예를 들어 침해 법률의 경우 침해 법률의 경우 “……을 하면 안 된다”라는 법조항 하나로 침해되어서는 안 될 권리의 명시가 분명 할 수 있고 보장 역시 충분하다. 말하자면 침해 발생으로 누가 언제 어떻게 얼마만큼 침해 했는지 알 수 있지만, 그러나 급부법률의 경우 “……을 주어야 한다.”라는 조항 하나로 누가 무엇을 얼마만큼 언제 어떻게 주어야 할 것인가를 알 수가 없다. 따라서 침해 법률의 경우 같은 내용의 조항이라도 어느 법전 어느 법에 있든 그 실효성은 동일하다고 볼 수 있으나 급부 법률의 경우 그 조항이 어느 법전에 어느 법에 기술되는가에 따라 그 실효성은 크게 달라진다.

279) 기본법상의 기본권에서는 여러 의미층(意味層)이 상이하게 강조되고, 때로는 유동적인 형태로 결합되어 있다. 한편에 있어서 기본권은 주관적 권리, 즉 개인의 권리이다. …… 다른 한편에 있어서 기본권은 공동체의 객관적 질서의 기본 요소이다. 이는 1차적으로 개인의 권리를 포함하고 있지 않거나 개인의 권리는 전혀 보장하고 있지는 않으나, 그럼에도 불구하고 기본권 목록에 수록 되어 있는 보장(……)들에 대하여 인정 된다. 이는 또한 제 1차적으로 주관적 권리로서 형성되어 있는 기본권들에 대해서도 타당하다(콘라드 헤세 저, 계획열 역, 통일 독일 헌법 원론(20판), 박영사, 2001, pp.180-181).

이러한 공존에 필요한 조건은 장차 과학적인 방법으로 명확하게 결정 될 수 있고 명확하게 결정된 기준에 따라 조건에 관한 급부 입법이 형성될 것으로 생각된다.

그러나 아직 만족할 만한 수준에 이르지 못하고 있지만 현실적으로 많은 학자들과 국가에서 채택 되고 있는 ‘일차보건(일차 보건의료)’을 기준으로 조건에 관한 형성과 보호에 관한 권리의 질서 상태 즉, 헌법 제36조 제3항을 법원으로 실정법규를 담고 있는 법전은 표에서 보는 바와 같다. 이들은 헌법을 포함하여 모두 44편으로 구성되어 있는데 조건에 관한 권리를 설명하는 법규는 하나의 법명을 가지면서 그 안에 포함된 조문들의 집합이 모두 조건에 관한 일련의 목적을 위해 구성되는 것들로 대부분 37편 ‘보건복지’편에 편재 되고 있으나, 교육법전에 학교보건법이, 형법전에 조건에 관한 범죄에 대한 특별 단속법이, 노동관계 법전에 근로자건강진단 관련법이 따로 편재되어 있다.

이러한 법전 편재 구분의 원칙이 행정의 소관사항에 따른 편재임을 고려 할 때 법령의 충돌이 있을 경우 법률의 수평적 관계에서 소관사항 우선 원칙에 따르게 되어 그에 따른 문제점이²⁸⁰⁾ 따른다고 볼 수 있다.

예를 들면 조건에 있어서 가장 중요한 영역들이라고 생각할 수 있는 학교보건법과 산업안전보건법이 같은 법전에 편재 되지 않은 것은 조건에 관한 권리의 실효성을 크게 떨어뜨릴 수 있는 요건이 되고, 의료법과 국민건강보험법이 서로 다른 편재에 되어 있는 것은 따른 문제점을 야기할 수 있다.²⁸¹⁾

280) 근로자 채용신체검사가 채용 후 근로자 건강진단으로 이어져 체계적인 근로자 건강관리에 활용 되지 못하고 형식적인 서류제출에 그치는 경향이 있다. 한 실례로 아파트 경비직에 채용되기 위해 제출하는 건강진단에 장내세균 검사와 성병 검진을 하고 있는 보건소의 건강진단이다.

281) “의료법은 법체계상 의료 분야에서의 제반 사항을 포괄적으로 규정하는 모법으로서의 위상을 갖추어야 하는데 그러지 못한 면이 강하다. 즉 의료법에 근거가 없는 1, 2, 3차 의료 기관 및 특수 병원의 구분이 의료보험법에 의하여 운용되고 있고, 의료법에 정한 의료인·의료기관과 일치되지 않는 의료계획이나 의료기관 시설계획이 정신보건법·지역보건법·노인복지법 등을 근거로 마련 될 수 있는 법체계상의 모순이 있어, 이에 따라 관련 법규들과 규정의 범위나 내용이 상충될 때 우선 적용의 순서 등에 혼란이 초래 될 수 있는 것이다. 또 건강의식의 함양과 건강에 관한 바른 지식보급 등을 규정하는 국민건강증진법에 구강건강사업

또한 독일 형법에서는 신체와 건강에 대한 침해²⁸²⁾ 동시에 자유의 침해로 규정하는 반면에 우리 형법은 신체의 침해에서 분리하여 건강에 대한 범죄를 특별법으로 규정함으로써 건강의 자유를 신체의 자유의 특별한 영역으로 다루고 있는 것도 체계성의 문제로 보건에 관한 권리의 약화를 의미한다.

이와 같이 적극적 권리로서 보건에 관한 권리는 ‘… 권리를 갖는다.’라는 문장으로 표현될 수 없는 성질을 갖고 있으므로 보건에 관한 권리는 헌법 제36조 제3항 문장을 중심으로 대강, 계획, 통제 등으로 이어지는 급부입법이 이루어짐으로서 보건에 관한 권리가 형성된다 할 수 있다.

또한 이러한 성질로 보건에 관한 권리보호는 단지 구체적 규범통제 제도만으로는 보호될 수 없다고 보며 추상적 규범 통제제도가 적용됨으로서 그 보호가 가능하다고 할 것이다.

따라서 아직 추상적 규범통제제도가 도입되어 있지 않은 현 실정법 체계 하에서는 보건에 관한 권리의 실효성을 기대하기 어렵다는 것을 알 수 있다.

3. 보건에 관한 권리의 경합과 충돌

사회권으로서 보건에 관한 권리는 앞에서 언급된 바와 같이 보건에 관한 권리가 적극적 권리로, 객관적 질서로서의 권리 능력이 주관적 권리로서의 권리 능력보다 더 크게 작용한다는 점에서 경합과 충돌 문제는 더욱 복잡하고 빈번하

에 관한 규정(제17조, 제18조)을 법체계상은 물론 보건사업체계상으로도 맞지 않는다는 지적이 있을 수 있다.”(추호경, “국민보건과법”, 1998, p.100)고하여 우리의 의료법 문제의 체계를 잘 지적해주고 있다.

282) “독일 형법 제223조 제 1항은 ‘고의로 타인의 신체를 상해하거나 건강을 해한 자는 신체 상해를 이유로 3년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다.’”(라인홀트 치펠리우스 저, 김형배 역, 『법학방법론』, 삼영사, 1990, p.15)고하여 건강의 침해를 신체의 침해와 같은 대상으로 다루고 있다.

우리의 경우는 보건범죄단속에 관한 특별조치법 第1條에서 目的을 “이 法은 不正食品 및 添加物, 不正醫藥品 및 化粧品, 不正有毒物의 製造나 無免許 醫療行為 등의 犯罪에 대하여 加重處罰등을 행함으로써 國民保健의 향상에 寄與함을 目的으로 한다.<개정 1990.12.31>”이라 하여 구별된 형벌 규정을 하고 있고, 형법에는 건강이나 보건에 대한 언급이 없다.

게 일어날 수 있다. 그러나 기본권 질서의 수용을 전제 한다면 이러한 충돌과 경합은 권리 주장자의 권리영역의 착오에 대부분 기인하는 것이며, 이러한 착오는 체계적인 권리구분으로 해결될 수 있다.

이를 전제로 보전에 관한 권리의 경합과 충돌 문제를 융합적 접근의 함축관계에 바탕을 둔 권리 구분으로 설명하고자 한다.

가. 기본권의 경합

기본권 경합이란 한 기본권 주체의 하나의 행위가 두 가지 이상의 기본권의 구성요건에 해당될 때의 기본권 효력문제라 한다.²⁸³⁾²⁸⁴⁾²⁸⁵⁾

여기서 이러한 경합에 대한 정의는 경합이 하나의 사건을 전제로 한다고 볼

283) “기본권 경합이란 공권력에 의해서 개인의 기본권이 제한 또는 침해될 때, 기본권 주체가 두 가지 이상의 기본권을 원용 할 수 있는 경우를 말한다.”, “권영성 교수는 ‘단일의 기본권 주체가 국가에 대하여 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우’라 하고”, “계희열 교수는 ‘하나의 기본권 주체가 국가에 대하여 하나의 동일한 사건에서 둘 또는 그 이상의 기본권을 동시에 주장하는 경우, 즉 한 기본권주체의 행위에 여러 기본권이 적용 될 수 있는 경우’를 말한다고 한다.”, “허영 교수는 ‘일정한 공권력 작용에 의해서 어느 기본권 주체의 여러 기본권 영역이 동시에 침해를 받았거나, 동일한 기본권 주체가 국가 권력에 대해서 동시에 여러 기본권의 효력을 주장하는 경우에 헌법이 그들 기본권의 제한 가능성과 제한 정도를 각각 다르게 정하고 있다면 어느 기본권의 효력을 얼마만큼 인정할 것인가의 문제’라고 말한다.”(이병훈, 헌법, p.236).

284) 기본권 경합이란 동일한 기본권 주체의 특정한 행위가 여러 기본권의 구성요건에 해당되는 경우로 기본권의 대 국가적 효력 문제이다(홍성방, 「기본권의 충돌과 경합」, 『안암법학』, 1999, p.2).

285) 통설에 의하면 기본권 경합이란 하나의 사실관계에 이해관계가 동일한 기본권 주체를 위하여 여러 기본권을 병행 적용할 수 있는 경우를 말한다. 즉 기본권 경합이란 사실관계의 일원성과 기본권 주체의 동일성을 전제로 하고 있다. 이는 기본권의 구성요건 확정과 사실관계의 분석을 기준으로 하는 점에서 헌법실체법과 헌법소송법적 측면을 모두 고려하고 있다. 이에 반해 기본권경합을 소송법적 시각에서 정의하여 사안에 합당한 '당위결정(Sollensurteil)'을 하기 위한 심사기준의 경합이라고 보는 소수설도 주장되고 있다. 따라서 기본권경합의 해결필요성에 있어서도 통설은 기본권구성요건(보호범위)의 확정을 통해 모순 결정을 방지하고 부수적으로 소송경제를 추구하는 것도 포괄하게 된다. 이에 반해 소수설은 소송법적 측면인 모순결정방지를 강조하고 있다.(장영철 「기본권경합에 관한 연구」, 『공법연구』 제32집 제3호. 2004. 2, p.137).

때, 하나의 사건에 여러 구성 요건이 존재하고, 그 여러 구성요건에 따라 여러 효력이 존재한다는 것을 의미한다.

그러나 하나의 권리 주체에 발생하는 권리의 효력은 그 어느 하나라도 침해 받으면 나머지 효력에도 영향을 줄 수밖에 없다²⁸⁶⁾는 점을 전제 한다면, 하나의 효력의 침해는 항상 또 다른 효력의 침해를 발생하게 되어, 결국 권리 침해는 권리의 경합과 항상 같이 존재 하는 문제가 된다.

따라서 이러한 경합문제는 인간 존재의 성층구조 관점에서 진화의 방향으로 자유권은 사회권(배분권)에 함축되어 있고 사회권은 행복추구권에 함축되어 있다는 점에서 자유권의 침해는 곧 사회권과 행복 추구권의 침해로 이어지게 된다는 점을 설명할 수 있다.²⁸⁷⁾ 따라서 기본권의 경합에서 중요한 것은 단지 경합되는 내용이 아니라, 침해의 시작을 권리침해의 입구로 하여 그 크기 및 깊이를 규정해 내는 융합적 접근이 필요하다.²⁸⁸⁾

이러한 전제에서 볼 때 모든 보전에 관한 권리 주장에서 경합발생이 가능하고, 특히 권리 내용이 권리주체 자신을 대상으로 한다는 점에서 권리의 경합은 강하게 드러나면서도 경합의 구분은 잘 드러나지 않는다는 점이 보전에 관한 권리에 있어서 경합에 대한 융합적 접근을 필요로 한다.

286) 권리의 효력이 성층 내지는 함축 구조를 갖는다는 점에서 맨 하층, 가장 안에 함축된 효력의 침해는 상층의 침해를 반드시 수반 한다는 점에서 직접적인 관계를 갖는다.

287) 이러한 두 가지 이상의 기본권 구성 요건이 되는 이유는 모든 사실행위에 있어서 주체는 성층구조를 갖는 복잡성, 즉 법으로 특징 지워지는 국민은 자연인으로서의 개인과, 사회 일원으로서의 인민(또는 시민)을 함축하고 있기 때문이다. 또한 개인에 있어서도 생물학적 성층구조에서 인격을 갖는 인간은 식물성과 동물성을 함축하고 있는데 경우에 따라 각각의 층에 기본권 주체성을 부여할 경우 각 주체성의 이익의 충돌은 기본권 충돌이 인격의 입장에서 기본권 경합이 된다. 예를 들면 존엄하게 죽을 권리를 주장할 때 이러한 충돌 또는 경합이 극명해진다.

288) 재개발과 같은 조장 행정으로 사실상 삶의 터전을 잃은 경우, 단지 반사이익의 상실만을 주장 할 수 있는지 사실상의 삶의 터전 상실을 하나의 법률관계에 포섭하여 급부 내지는 자유권의 침해로 보아야 하는 깊이 문제로 보아야 하는 것이지, 각각 다른 법률관계로 나누어 각각에 침해가 있다거나 없다고 볼 수 없다는 것을 말한다. 예를 들어, 이와 같은 접근 방법은 진료 중에 진료 중단으로 사망한 사건을 두고 살인을 선고 할 수 없다거나, 진료비 문제로 진료 받지 못한 사람이 진료 해주지 않은 의사를 상해죄로 고발 할 수 없다는 근거를 마련해준다.

이러한 보전에 관한 권리에 있어서 경합의 성질은 보전에 관한 권리의 경합의 해결에 있어서 융합적 접근이 아닌 일반적 접근은 보전에 관한 처음 침해의 간과로 보전에 관한 권리의 실효성을 잃게 한다.²⁸⁹⁾

이렇듯 기본권 경합의 문제에 성충구조로서 존재하는 인격의 수용과 성충구조에 객관적 질서의 원리를 적용하지 않고서는 객관적 질서로서의 권리가 무시된 가치통약불가능성을 내세운 주관적 권리 주장에 그치고 말 것이다.²⁹⁰⁾

나. 기본권 충돌

“기본권 충돌”은 하나의 사실행위가 하나의 기본권 주체에게 ‘기본권구성요건’이 되고 다른 주체에게 ‘기본권침해요건’이 되는 것이라 한다.^{291) 292)}

289) 응급환자 진료 중지로 인한 사망이 보전에 관한 권리가 보호되지 않아서 온 것이 아니라, 단지 보호자나 의사의 진료 중지에 의한 것이라는 판단이 대표적인 예라고 할 수 있다.

290) 성충구조와 질서의 관점에서 어느 한 부분의 침해는 전체의 침해에 영향을 받지 않을 수 없다. 하나 혹은 둘이상의 침해가 있을 수 있겠으나 함축관계에 의한 2차적 침해 발생은 이들로부터 구분 될 수 있어야 한다. 기본권 경합 이론대로라면 불의의 사고로 사망 가능성이 있는 환자를 진료 하지 않아 사망하였을 경우 사망한 환자는 생명권과 보전에 관한 권리라는 두 기본권의 경합을 상정 할 수 있다. 만일 두 권리 중 하나만을 주장 할 수 있다면 권리의 경합이 있을 수 있지만, 둘 다 주장 할 수 있다면 권리의 경합이란 있을 수 없을 것이다. 또 한 하나의 침해사건으로 발생한 이차적인 침해를 권리의 침해로 보지 않는다면 역시 경합이란 있을 수 없다. 그렇다면 침해된 여러 권리 중 하나만을 선택해야 할 이유가 없다는 것을 전제 한다면 사실상 기본권 경합이란 권리 자체의 경합이 아닌 권리주장 당사자의 착오에 의한 권리 주장의 경합이 있을 뿐이다. 따라서 경합의 해결은 이러한 착오의 해결에 중심을 두어야 한다.

291) 기본권의 충돌 또는 상충이라 함은 상이한 기본권 주체들이 서로 상충하는 이해관계를 관철하기 위해서 서로 다른 기본권 규정을 원용하는 것을 말한다.(이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.239)

292) “첫째, 헌법상 보장되어 있는 규정들로부터 여러 기본권 주체의 주관적인 권리들이 도출되고, 이러한 주관적 권리들은 구체적인 경우에 교차하여야 한다. 둘째, 기본권에 구체화 되어 있는 객관적 가치들이 동시에 그 밖의 법질서에 ‘방사(ausstrahlen)’됨으로써 동일한 생활 사태에 대하여 대립되는 평가에 이르러야 한다. …… 기본권의 충돌은 한 기본권이 그의 ‘효력(Geltung)’을 주장함에 있어 다른 기본권의 효력을 희생시킨다는 데 그 특징이 있다. 기본권 충돌의 대표적인 예로는 임신중절(모의 인격발현권과 태아의 생명권의 충돌), 명예를 훼손시키는 소설의 출판(출판의 자유·예술의 자유와 명예 훼손된 자의 인간의 존엄의 충돌)

그러나 성층 구조를 수용한 인격의 관점에서 이러한 기본권의 충돌 문제는 생명의 본래 본래영역의 성층경계와 생명의 확장 그리고 연장된 영역의 경계의 문제이다.²⁹³⁾ 특히 이러한 영역의 경계문제는 관계 또는 질서를 무시한 주관적 권리에 고집하여 ‘가치통약 불가능성’을 전제 할 때 자주 발생될 수 있다. 이 문제의 해결은 생명의 연장과 확장 개념에 근거한 성층구조의 인간에서 그 경계 찾는 것이 충돌 해결의 방법이 될 수 있다.²⁹⁴⁾

다. 보건에 관한 권리의 경합과 충돌 종합

위에서 언급된 경합과 충돌 문제는 모든 기본권에 보충적으로 적용되는 인간의 존엄과 행복 추구권과 관련하여 보건에 관한 권리관계를 중심으로 의료행위와 의료업에서 자주 발생하는 문제이다.²⁹⁵⁾²⁹⁶⁾

예컨대 다음에 상술될 환자와 의사(한의사 포함), 한의사와 의사, 의사와 약

을 들 수 있다(홍성방, 「기본권의 충돌과 경합」, 『안암법학』, pp.2-3).

- 293) 직업의 자유를 위해 면허를 부정하여 의료 면허로 인해 직업의 자유가 침해되었다고 주장하는 경우를 예로 들면, 여기에서 성층구조에 따라 직업의 자유는 신체의 자유의 확장 영역이고, 의료행위는 신체의 자유의 본래 영역이라고 할 수 있다. 또한 직업행위는 직업인의 이익을 위한 행위이지만 의료행위는 의료업을 하는 의료업자의 이익을 위한 행위가 아니다. 따라서 의료행위는 본래 생명 영역의 자유이며, 이자유와 생명의 연장영역의 자유가 충돌한 경우이다.
- 294) 임신중절에서 임신부와 태아의 관계에서 태아를 기본권 주체로 할 때 모성의 기본권과 태아의 기본권 충돌이 발생한다. 그러나 만일 태아의 독립성을 인정 하지 않고 모성의 생명의 연장으로 본다면 기본권 충돌이 해결된다.
- 295) ‘보건에 관한 권리는’ 헌법이 보장하고 있는 환경권(35조) 및 행복추구권(10조)과도 불가분의 이념적 상호관계에 있는 것이다.(추호경, 「국민보건사업을 위한 법률제정의 의의」, 『국민보건연구소 연구논총』 Vol. 7, No. 1, 1997, pp.91-103).
- 296) 보건의료법의 근거 법으로서 국민의 건강을 보장하기 위하여 헌법은 여러 규정을 두고 있다. 즉 전문에서 실질적 평등사회 이념을 계승하고 제 10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다라고 하며 기본 보장원칙을 선언하고, 34조 1항에서 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.’라고 함으로써 생존권적 기본권 보장의 대원칙을 선언하고 있다. 뿐만 아니라 제34조의 인간다운 생활권, 제33조의 환경권, 제36조의 혼인과 가족 및 보건에 관한 권리 등이다(조형원, 「현행보건의료법규 검토」, 『한양법학』, Vol.6, 1995, p.187).

사의 관계에서 “직업의 자유”와 “면허”의 충돌, “환자의 진료 선택”과 의료인의 “진료 선택”문제 등이 대표적인 충돌 사례이다.

이러한 문제의 해결로 경합에 있어서 “특별법우선원칙”, “최강효력”, “유사경합의 구별”의한 방법과, 충돌에 있어서는 “조화적인 헌법해석”(die harmonisierende Verfassungslegung)에 의한 “입법의 자유 영역이론”, “기본권의 서열 질서 이론”, “법익 형량이론”, “실제적 조화 이론”, “규범영역의 분석이론”을 제시되고 있다.²⁹⁷⁾

그러나 보건에 관한 권리에 있어서는 위와 같은 원칙 적용에 앞서, 동물복지가 가능해진 이 시대의 실재론과 진화론을 수용한 성충구조에서 기본권의 객관적 질서에 따른 지위설정²⁹⁸⁾과 의료행위에 대한 “특수지위관계”²⁹⁹⁾가 적용되는 융합적 접근이 있어야 한다고 본다. 즉, 특수지위관계로 현재 수용되고 있는 “特別權力關係”³⁰⁰⁾인 “공무원관계”, “군인관계”, “공립학교학생관계”³⁰¹⁾를 들고 있는데 여기에 “의료인관계”도 포함되어야 한다.

결론적으로 보건에 관한 권리에 있어서 의료행위는, 보건에 관한 권리의 주체의 권리가 타인에게 대표되어 실현된다는 점에서 특수지위관계를 갖는 행위

297) 이병훈, 『헌법』, pp.236-244.

298) 기본권에 의하여 설정되고 보장된 개인의 헌법상의 지위는 오늘날까지 이어져 내려온 엘리네크(G. Jellinek)의 지위론(地位論)에 있어서의 지위론과 원칙적으로 구별된다(콘라드 헛세, 계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001, p.181).

299) 지금까지 서술한 기본권의 제한과 그 제한 가능성은 일반적인 헌법상의 지위(地位)에 관한 것이다. 이들 제한은 인간으로서의 또는 국민으로서의 모든 사람을 구속한다. 반대로 이 경우 기본권은 그러한 제한 가능성 이상으로는 제한 될 수 없다. 그 밖에도 각각 제한된 범위의 사람들, 다시 말하면 ‘특별권력관계(特別權力關係)’에 있는 사람들에게만 적용되는 기본권의 제한이 있다(콘라드 헛세, 『통일 독일헌법』, p.206).

300) 이른바 특별권력관계라 함은 특별한 法律原因에 의거하여 일정한 공법상의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 當事者의 일방이 포괄적으로 그 상대방을 지배하고 그 상대방은 이에 복종함을 내용으로 하는 公法上의 특수한 法律關係를 말한다고 정의되고 있다. …… 특별권력관계에 속하는 것으로는 국가와 공무원(또는 군인)의 관계, 국·공립 병원과 전염병 환자와의 관계, 국·공립 공원 또는 도서관과 그 이용자의 관계 등이 있다고 한다(이병훈, 『헌법』, p.230).

301) 콘라드 헛세, 『통일독일헌법』, p.206.

로 보아야 한다.

또 국가에 의해 창설되고 관리되는 자원이라는 점과 자력구제 금지영역에 속하는 행위라는 점에서 의료행위는 경찰행위와 같은 성질을 갖는 특별권력관계로 본다면 대부분의 불필요한 충돌을 예방할 수 있고 보건에 관한 권리의 실효성을 확보할 수 있다.

4. 보건에 관한 기본권의 효력과 실현의 문제

헌법 제36조 제3항이 비록 보건에 관한 권리를 보호해야 한다는 국가의무를 규정하고 있지만 이 권리의 효력과 실효성은 또 다른 권리, 즉 선택한 자원을 자유로이 사용 할 수 있을 권리와 좀 더 만족할 수 있는 형평의 요구 가능성에 의해 완성 될 수 있다. 하지만 이들에 대한 해석의 차이와 보건에 대한 소통의 상태는 효력에 대한 무시, 그로인한 실효성의 미미함이 현재 우리 국가의 보건에 관한 권리의 현실이다.³⁰²⁾

그리고 또한 보건 자원을 생산하고 이용할 수 있도록 하였다 해도 자유권과는 달리 그 생산된 자원과 이용에 대한 지식 내지는 권리라는 인식이 없으면 권리로써 아무런 의미를 갖지 못한다. 비록 의료시설과 체육시설이 많이 설치되고, 국민건강보험, 저소득 의료보장, 보건소를 통한 각종 국민건강관리 사업 등을 통해 급부될 수 있는 자원과 지리적 접근이 용이 해졌지만 오히려 실질적 급부에 있어서 효력과 실효성은 그와 같지 않다.³⁰³⁾

302) ‘77년 강제형 의료보장제도를 도입한 이후’ 89년 전 국민에게 적용해서 오늘에 이르기까지 외형적으로는 많은 성과를 거두었으나 민간부문이 공급을 주도하고 있는 현실적 여건 하에서 국민들의 욕구를 충족시킬 수 있을 만큼 국가의 개입이 효과적으로 이루어지고 있지 못한 것으로 평가된다. 특히 헌법 제36조 제3항의 내용은 관점에 따라서 보건의료에 대한 구체적인 권리로 해석되기보다 추상적, 선언적 의미로 간주될 수 있다. 그리하여 헌법에 규정한 선언적 조항 이외에 보건의료 및 의료보험 관련법규 등에서 의료서비스의 분배적 형평성에 관해 구체적인 정책목표를 명시해 놓지 않고 있어 이를 유추하기가 용이하지 않다(장동민, 『保健醫療의 衡平性(- 概念의 定立을 中心으로 -)』, 『인제논총』, 14권 1호, 1998. 10, pp.367-380).

또한 의료의 특성상 의료행위가 이익주체인 환자의 행위로서 대표된 의사의 행위가, 즉 환자가 지니는 자유권을 갖는 행위로서 기능하지 못한다면, 이는 보건에 관한 권리도 하나의 시혜나 배려일 뿐 권리행사라 할 수 없다는 것이고, 이러한 점이 다른 사회권보다 보건에 관한 권리가 사회권(적극적 권리)과 자유권(소극적 권리) 모두를 표현하는 것으로서 오해되는 이유이기도 하다.

이로 인해 의료행위가 소비자 주권이라는 이름으로 지나친 간섭이나, 형법에 의한 의료행위의 위축은 보건에 관한 권리의 효력의 약화와 실효성 감소의 원인이 된다.³⁰⁴⁾

5. 객관적 질서로서 보건에 관한 권리 종합

보건에 관한 권리 이해는 사회권에서 특히 두드러지게 나타나는 성질로서 객관적 질서의 특성의 이해를 필요로 한다.

헌법 제36조 제3항이 단지 수사적 의미이거나 입법을 요구하는 촉진의 의미가 아닌 보장되는 권리로서 기능하기 위해서는 권리의 객관적 질서라는 특성에서 국가이념, 헌법의 이념을 전제로 한 기본권 이론 안에서 법규 밖에 존재하는 인권과 법규 안에 존재하는 기본권의 소통, 그리고 객관적 질서에서 각 기본권 조항의 역할과 영역이 구분되어야 한다.

즉 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리에서 자유권으로 인식되는 건강의

303) 무의촌이 사라졌다는 선언을 하였지만 이는 지리적 공간적 무의촌을 말하며, 실질적인 의미, 즉 의료에의 접근 가능성을 기준으로 한다면 오히려 핵가족과 독거노인이 증가하고 있고, 이웃과의 정보가 차단되어 있다는 점 등에서 무의촌은 증가하고 있다. 뿐만 아니라 건강보험의 경우 급여 청구의 단계를 2단계로 하고 있는 반면, 의료보호의 경우 급여의 단계를 3단계로 하고 있는 것이 하나의 사례이다.

304) 진료를 하지 않아도 될 상황에서 환자의 강한 결정권은 필요 이상의 투약과 검사를 증가시켜 결국 자원의 손실을 가져오며, 의료행정 체계에서 거부된 진료를 의료체계에 소속된 의사의 진료거부로 판단하는 형법적 판단은 의료행위의 기술적 회피나 필요이상의 자원 낭비를 초래하여 결국은 보건에 관한 권리의 실효성 감소를 가져온다.

영역은 신체의 자유 등을 규정한 조항을 근거로 논의되어야 하고 헌법 제36조 제3항은 건강이 아닌 건강을 돌보는 것을 지시하는 것으로서 비록 객관적 질서규범 형식으로 국가의 의무만을 명시한 추상적 규범 형식이지만 객관적 질서규범이 갖는 확정적 명령을 형성시키는 사회권인 적극적 권리로 해석되어야 한다.

이러한 전제에서 보건에 관한 권리의 자유권적 성격으로 보이는 영역은 신체권, 생명권으로 하여야 하고 순수 사회권, 즉 “필요”의 급부를 요구할 수 있는 권리로 해석되어야 한다. 그리고 양생(보건)과 의료가 국가에 의해 생산되는 공공재로 이들의 사용에 있어서는 이용자와 사용자 그리고 국가의 관계를 특수 지위관계로 해석되어야 한다.

이렇게 볼 때 의료와 의료업, 최소한 의료는 자유 선택의 대상이 아닌 국가에 의해 위탁 또는 위임되는 국가 사무로 수용되어야 하고, 그 생산과 이용에 대한 국가의 계획, 통제를 중심으로 하는 급부 입법에 의한 체계에 의해 제공되는 것이 필수적이다.

第4章 실정법상 보건에 관한 권리

보건의 영역에서 소통을 위한 보건에 관한 권리의 이해는 보건에 대한 권리의식의 형성과 그에 따른 자원의 이용 및 이용에 대한 법적 보장의 이해라는 관점에서 실정 법규를 고찰해 볼 필요가 있다.

보건에 관한 권리는 국내법으로 규정된 법규로서 국가와 국민, 그리고 각 국민들 사이에 적용된다. 이러한 법은 국민들의 직접 참여에 의한 헌법에서 선언되고 국민에 의해 선출된 정부 또는 국회에 의해 법규로 제정되며, 이 규정에 따라 국가와 국민은 행위 할 것이 요구 되고, 서로 다른 행동에 의한 주장과 충돌에 대한 해결 역시 이러한 법규에 의존한다.

이것은 이러한 법규에 의해, 국가와 국민, 그리고 각 국민들이 보건에 관한 권리에 관한 법규로서 서로 소통될 수 있다는 것을 전제로 한다. 이렇게 보건에 관한 권리를 대상으로 소통을 가능하게 하는 법규는 소통에 영향을 주는 언어의 성질에 제약을 받는 것은 물론 법규의 일반 형식에도 영향 받는다. 이러한 제약을 최소화 시키고 복잡성을 축소시켜 최대의 소통을 가능하게 하는 것이 바로 체계성이다. 따라서 보건에 관한 권리 소통의 정도는, 즉 보건권에 관한 객관적 이해는 보건에 관한 법규의 체계를 파악하는 것이 하나의 유용한 방법이라 생각된다.

이 장에서는 이러한 전제 하에 보건에 관한 권리의 실정법규의 체계, 법규에 의한 행위(주장과 판단)의 체계를 파악하는 방법으로 보건에 관한 권리의 객관적 이해를 시도해보고자 한다.

제1절 실정법상 보건에 관한 권리의 체계

권리는 침해되었을 때 의식되고 소송 절차를 거쳐 판결에 의해 확인된다.

이때 확인의 근거는 실정법규 해석이지만, 주저하지 않는 권리의 행사, 그리고 자연스러운 타인의 권리에 대한 불가침은 이러한 법체계의 이해와 수용이다. 그리고 인간의 존엄을 유지하고 인간다운 모습으로 행복하게 할 수 있는 것은 바로 이러한 주저 없는 권리 행사와 권리의 불가침이지 판결은 아니다.

따라서 실정법규의 작성은 판결하는 판사보다 법률관계를 맺는 구성원들이 실정법규에서 형식적 체계이든 체계이론에 의한 체계성이든 쉽고 분명하게 소통이 가능하도록 그 의미를 드러내야 한다. 말하자면 보전에 관한 권리는 헌법에서 추상되어 법률로 구체화된다고 볼 때, 보전에 관한 권리는 헌법에서 그 이념을 찾을 수 있고 그 이념의 실체를 법규에서 발견 해 내는 것이 가능하다.

그러나 진화, 즉 끊임없이 변해가고 있는 사회 또는 국가에서 생성되고 있는 보전에 관한 권리를 모두 법규로 표현 할 수 없다는 점은 자명한 일이며, 이러한 성문 법규의 불완전성은 실정법규를 통한 소통의 불완전성을 의미하고, 충분한 소통을 위해서는 또 다른 권리소통을 위한 도구를 필요로 한다는 것을 의미한다.

즉, 구체적 법률 사건에 대한 법규의 적용에는 '해석'이라는 도구가 관여하게 된다.³⁰⁵⁾ 이러한 해석을 가능하게 하는 것은 바로 소통을 핵심적 요소로 하는 '체계'³⁰⁶⁾이며, 이러한 의미를 갖는 체계로서 법령체계는 보통 수직적 체계와 수평적 체계³⁰⁷⁾로 구성되고 있다. 하지만 이러한 수직적수평적 체계는 주로 법규

305) 법이 사회질서를 유지하기 위한 규범으로서 통일된 국가의사를 표현하고 보편타당한 것이 되기 위해서는 다수의 법령이 하나의 국법체계 안에서 그 상호간에 통일된 체계로서의 질서가 있어야 하며 서로 모순되거나 상충이 생겨서는 아니 된다. 그러나 현실적으로 하나의 현상에 대하여 여러 법령의 적용이 예정되어 있는 경우가 많으며 이러한 경우에 어떤 규정을 우선적으로 적용하느냐의 문제가 발생한다. 이것은 법령의 적용문제이기도 하면서 법해석의 문제이기도 하다, 김형수, 「법령 체계와 입법절차」, 『중앙행정기관 법제·법령해석 담당자자 연찬회 교재』, 법제처 사회문화법제국, 2007, p.9.

306) 체계 이론의 '체계'는 여러 개의 요소들로 구성된 '하나의 유형(Typhus)'으로 이루어져 있다. 그 요소들 가운데 가장 근본이 되는 요소는 의사소통(Kommunikation)이다, Thomas Vesting, 김성돈 번역, 앞의 논문, p.300;
<http://www.jura.uni-augsburg.de/Fakultaet/Vesting/Veroeffentlichungen.html>.

307) 위의 교육 자료에서 법령 간 모순 저축 해결의 원리로 가) 법령소관사항의 원칙,

위반의 판단 원칙을 전제로 한 법령체계의 설명이라고 볼 수 있다. 그러나 위법 사실의 판단을 통한 소통의 법령체계³⁰⁸⁾, 즉 어떤 보건에 관한 법률 사건의 소송결과를 보고서야 권리를 이해하기보다, 그 법률사건을 설명하는 법률 문장을 통해서 권리를 이해 할 수 있는 소통의 법령체계가 더 중요하다고 생각된다. 따라서 법규 문장 역시 판결을 위한 법문이 아닌 이해 중심의 법규문장이 작성되어야 한다. 말하자면 법이 권리 실현을 위한 도구로서의 작용한다는 관점에서는 형식적 체계보다도 사회체계와 관계를 맺고 있는 체계로서 그 체계성이 쉽고 분명하게 드러나야 한다는 것이다.

이러한 시각에서 보건에 관한 권리의 체계성을, 실정 법규인 헌법에서는 그 내용과 권리의 성질 및 적용되고 있는 원리 들을 분석하고, 일반 법규에서는 판결 및 행정행위에 이르기까지 각 단계들의 관계, 즉 보건에 관한 일반적인 법령 체계를 법령의 연혁과 편제 및 수직·수평의 체계에서 분석해보고자 한다.

1. 법전의 편제 및 법령체계에 따른 보건법규 체계

실정법규로 표현되는 당위 규범이라는 것은 규범의 효력 내지는 실효성이 법학적 記述 요소에 의해 크게 달라질 수 있다. 실정법규에서 설명되고 있는 각

나) 형식적 효력의 원칙, 다) 신법우선의 원칙, 라) 특별법 우선의 원칙을 들고, 신법 우선의 원칙과 특별법 우선의 원칙이 경합하는 경우에는 일반적으로 특별법 우선의 원칙이 적용되지 않는 범위에서 신법우선의 원칙이 적용되는 것이나, 살펴본 바와 같이 특별법(규정)과 일반법(규정)의 구분이 상대적이고 일반법이 특별 규정을 내포하고 있는 경우도 있으므로 위의 구분기준에 따라 종합적으로 검토·판단하여 법령간 우선 적용여부를 결정하여야 할 것이다, 앞의 논문, pp.17-19.

308) 법률가들은 ‘법체계’를 생각할 때 통상적으로 위에서부터 아래로 내려오는 수직적이며 연역적 계층모델, 법규범들이 통일적으로 상호 연관되어 존재하는 하나의 “체계”를 연상한다. 오늘날에는 -물론 그 정도가 다르긴 하지만- 법관의 판결을 위해 생산적인 요소가 존재할 경우에 대처하여 구멍이 뚫려 침투 가능한 부분, ‘흠결보충’의 필요성, ‘법발견’의 생산성, 법관의 ‘법작업’ 혹은 합리적인 논증 절차의 필요성이 강조되고 있지만, 특히 19세기 독일의 법실증주의자들 간에는 법규범들이 하나도 빠진 것이 없어 완벽한 폐쇄성을 유지될 수 있어야 한다는 점이 강조되었다, Thomas Vesting, 김성돈 번역, 앞의 논문, p.307.

각의 행위능력 곧 권리는 각각의 효력을 지니며 그 효력에 따라 소극적 권리, 적극적 권리, 보호 가치 있는 권리로의 구분과 헌법의 효력, 법률의 효력 등과 같이 구분을 해 볼 수 있다.

각각의 행위능력이 갖는 효력은 본질적이며 실정법은 당연히 그 본질을 설명 할 수 있어야 하고 그렇게 설명 되고 있을 때만 실효성이 보장될 수 있다. 따라서 권리의 실효성 파악의 한 방법으로 각각의 권리가 지녀야 할 효력을 어떻게 지니고 있는가를 확인해 볼 수 있다.

보건에 관한 권리는 헌법 제36조 제3항에서 국민의 기본권이라는 것을 선언³⁰⁹⁾하고 있으며, 보건에 관한 각각의 개별 법령 및 조례³¹⁰⁾에서 각각의 행위능력이 구성³¹¹⁾되고 있고, 규칙에서 절차 등을 포함하는 구체적 설명이 명문화 되고 있다. 따라서 권리라는 의미로서 사회에서 이루어지고 있는 보건에 관한 행위 또는 보건에 관한 권리의 사실관계는 이러한 규정의 전 과정의 문맥에서 해석되어야 한다. 그러나 실생활에서 대부분 구체화된 규칙에 의존하고 있다는 것을 전제할 때 이러한 문맥에서의 정합성 분석이 필요하다.

이러한 관점에서 정합성 문제를 먼저 헌법 제36조 제3항의 의미 및 헌법이론 등을 도구로 분석 규명하고, 이어 보건에 관한 법규를 법의 제정과 개정 및 법전편찬 형식을 통해 확인하여 보건에 관한 법규 전체 문맥의 일관성과 소통능력을 분석하고자 한다.

가. 대한민국 헌법

헌법 제36조 제3항의 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”는 국민의 직접 참여(국민투표)에 의한 합의로서 보건에 관한 권리가 기본권임을 선언하고 있다. 그 법적 성격에 대해서는 자유권적 성격과 사회권적 성격을 갖

309) 효력의 선언.

310) 법령과 같은 효력을 갖는다고 전제한다.

311) 구성요건의 규정.

는 다는 것³¹²⁾³¹³⁾³¹⁴⁾³¹⁵⁾과 자유권적 성격과 제도 보장적 성격을 가진다는 것³¹⁶⁾으로 다수 의견은 보건에 관한 권리에 자유권이 포함된다고 한다. 그러나 이렇게 넓게 볼 경우에는 ‘보건의 권리’와 (신체를 훼손당하지 않을 권리를 내포로 인정되는) ‘건강에 대한 침해의 금지’를 구별하는 것이 불가능하게 될 것이다. 그렇다고 보건의 권리 안에서 신체를 훼손당하지 않을 권리를 전체적으로 포함하는 것으로 해석하기도 어렵다. 따라서 보건권은 - ‘건강에 대한 침해의 금지’를 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’의 내용으로 인정한다면- 자유권적 측면을 배제한 순수한 사회적 기본권으로 이해되어야 한다.

비록 보건에 관한 권리에 자유권적 성격이 포함되었다는 견해가 다수이나 보건에 관한 학문의 영역에서 말하는 ‘보건의 내용’과 헌법에 명시된 보건에 관한 권리에서의 ‘보건’의 내용이 반드시 같아야하는 것이 아니라면 헌법 제36조

312) 헌법 제36조 제3항의 권리도 제2항과 마찬가지로 자유권으로서의 성격과 동시에 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는다, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007. p.420.

313) 보건권은 공권력에 의한 건강침해에 대하여 그 배제를 요구할 수 있다는 점에서는 자유권적 성격을 가지는 것이지만, 자신과 가족의 건강에 대하여 국가의 적극 배려를 청구 할 수 있다는 점에서는 사회권적 성질을 가지는 것이다. 하지만 보건권의 주된 성격은 어디까지나 사회적 기본권성이다, 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, p.695.

314) 보건이라는 개념에 초점을 맞춰서 볼 경우에는 보건권이 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 가지고 있다고 보는 것이 합리적이다. 예컨대 보건권을 국가권력에 의한 건강생활의 침해 금지와 건강생활의 침해에 대한 국가의 적극적인 보호 의무를 그 내용으로 하는 권리로 보는 견해는 보건권이 자유권적 측면과 사회권적 측면을 모두 포함 하는 것으로 보는 것이다, 허영, 『한국헌법론』, 2002, p.421; 장영수, 『헌법학 II 기본권론』, 홍문사, 2003, p.601.

315) 국민보건에 관한 이 헌법적 배려는 우리 헌법질서의 핵심적인 가치라고 볼 수 있는 인간의 존엄과 가치를 건강생활 영역에서도 존중하기 위한 구체적 표현이라고 볼 수 있다. 이는 환경권 및 행복 추구권과도 불가분의 이념적인 상호관계에 있고, 인신에 관한 실체적 권리와도 밀접한 관계가 있다. 따라서 보건에 관한 헌법 규정은 건강하고 위생적인 생활환경을 조성함으로써 모든 국민이 가정과 사회에서 ‘질병의 노예’가 되지 않고 개성을 신장시키며 행복을 추구할 수 있도록 적극적인 보건정책을 펴나갈 국가의 의무를 수반하는 국민의 권리라고 보아야 한다. 바로 이곳에 보건에 관한 권리의 양면성이 있다, 허영, 『헌법』, 법문사, 1992, p.414.

316) 홍성방, 『헌법』, 신영사, 2002, p.22.

제3항이 의미하는 ‘보건’은 순수 사회권의 성격 내용을 지칭하는 것으로 보아야 한다. 말하자면 헌법 제 36조 3항에서 말하는 국가로부터 보호를 받아야 하는 ‘보건’이라는 의미는 사회권을 설명하는 것으로서의 보건으로 해석되어야 한다는 것이다. 그 이유는 기본권은 자연적 권리를 헌법을 통해 실정법상 권리로 규정 하여 복잡성을 갖는 자연적 권리로부터 경계성을 가질 수 있는 단순화를 통해 소통을 가능하게 한다는 데서 찾을 수 있다.

즉 자연권적 보건의 곧 인격주체인 개인의 활동³¹⁷⁾이 되고 이 활동에 대한 침해는 보건에 필요한 ‘자원의 소유’와 ‘행위의 자유’의 침해가 되어 ‘필요’와 ‘자율’(이용 행위)의 경계가 불분명해진다. 이러한 불분명한 점에서 보건은 신체의 자유이며 필요에 대한 소유라는 점에서 자유권과 사회권의 경계가 없는 권리로 소통되는 문제를 안게 된다.

그러나 보건이 실정 법규로 규정되면서 보건은 인격 활동에 필요한 필요재로서 공공재로 구분되어 규정되며, 따라서 인격은 보건에 대하여 인격 활동에 필요한 만큼을 배분받아야 하는 권리가 된다. 이렇게 하여 보건에 관한 법규가 아닌, 달리 규정된 신체의 자유와 경계 지어지는 것으로서 자유권과 사회권의 구분의 필요성에 부합되게 되고, 좀 더 분명한 소통을 가능케 한다.

이러한 점에서 보건 자원의 필요에 대한 권리는 사회권으로서 적극적 권리가 되고, 보건행위에 대한 권리는 면허와 같은 실정법규로 규정되면서 사회권에 함축된 자유권³¹⁸⁾으로서 신체의 자유, 즉 건강침해 금지로서 소극적 권리는 적극적 권리에 포섭된다.

이를 좀 더 부연 설명하면, 제36조 제3항이 의미하는 것이 권리로서 적극적 권리만을 의미하지 않고 만일 소극적 권리까지 포함하는 것이라면 신체의 자유와의 관계를 설명하기가 어렵다. 따라서 여기에서 보건권은 순수사회권이란 의미이다.

317) 여기의 활동이란 보건에 대한 국가의 간섭이 없는 사적 소유와 이용을 말한다.

318) 말하자면 사회권으로서 볼 이유가 없는 의료행위, 즉 무면허 의료행위와 구분 되는 것으로서 사회권에 함축된 의료 행위는 범죄의 구성요건에서 전구성요건으로 수용되어야 한다는 것을 말한다.

따라서 헌법 제36조 제3항의 보전에 관한 권리는 건강에 필요한 보건자원을 공공재로서 국가에 청구 할 수 있는 권리가 되며, 이 권리로 취득된 보건의 행사, 즉 행위 등은 신체의 자유에 포섭되는 것으로서 헌법 제12조 제1항에 포섭되는 신체의 자유이다. 여기에 대한 근거로 의료법의 압류금지, 의료행위 방해 금지 등의 규정을 들 수 있고, 독일 형법 제223조 제 1항조에서 신체와 건강의 침해 죄를 동시에 선언하고 있는 것을 볼 수 있다.

나. 보전에 관한 법률

보전에 관한 권리는 헌법에서 선언된 효력을 갖는 권리가 법규에서 연역 설명되는 것으로, 연역된 법규는 그 내용을 구성함에 있어 그 권리 본질이 헌법에서 선언된 권리의 본질과 정합성을 가지면서 그 시대에 존재하는 보건을 각 구성원의 공존에 필요한 만큼 배분될 수 있도록 규정되어야 한다. 또한 국가는 국민에게 배분될 보건을 알 수 있게 하여야 하며, 이는 법규로 설명되어야 하고, 그리고 국민은 배분의 부작위에 대해 침해 구제 청구를 할 수 있어야 하며, 배분의 정당성을 확인 할 수 있는 절차가 마련되어야 하고, 확인된 정당성은 국가가 이행 할 수 있게 하여야 한다.

따라서 문제로 제기되는 것은 공존에 필요한 필수보건이 무엇인가, 국가가 보유하고 있는 자원에서 얼마만큼 배분되어야 할 것인가, 그리고 어떻게 배분되어야 할 것인가의 문제가 될 것이고, 이것이 바로 입법 대상이 될 것이다.

그러나 立法技術상 이러한 명확한 구분과 목적으로 법을 記述 할 수는 없으며, 대부분의 실정법규는 여러 영역의 기본권이 함께 記述되고 있고, 이러한 혼합된 記述은 그 본래의 목적과 다르게 해석될 수 있으며, 바로 이러한 오해의 가능성을 법전편찬과 文章記述에서 찾을 수 있다.

표 3. 현행 법전 36편 보건·의사에 포함된 법률의 제정, 일부개정, 폐지 상태

구분	법명	상태	최종 변경일자
제 1 장	공공보건의료에 관한 법률	일부개정	2008.2.29
	국립암센터법	일부개정	2008.2.29
	보건의료기본법	일부개정	2008.3.28
	보건환경연구원법	일부개정	2008.2.29
	지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률	일부개정	2008.2.29
	지역보건법	일부개정	2008.2.29
	차관지원의료기관지원특별법	일부개정	2008.2.29
	한국국제보건의료재단법	일부개정	2008.2.29
	한국보건복지인력개발원법	일부개정	2008.2.29
	한국보건산업진흥원법	일부개정	2008.3.28
	일부 개정 법률 개수		10개
보건 행정 조 칙 · 통칙	건강검진기본법	제정	2008.3.21
	실험동물에 관한 법률	제정	2008.3.28
	첨단의료복합단지 지정 및 지원에 관한 특별법	제정	2008.3.28
	환경보건법	제정	2008.3.21
	현재 제정 상태 개수		4개
	가족계획연구원법	폐지	1981.4.4
	국립의료원 특별회계법	폐지	2006.12.28
	국민보건의료를 위한 특별 조치법	폐지	1980.12.31
	한국보건사회연구원법	폐지	1999.1.29
	한국한의학연구원법	폐지	1999.1.29
	폐지된 법률 개수		5개
제 2 장 보건	검역법	일부개정	2008.2.29
	일부 개정 법률 수		1개
제 4 절 검역	해공항검역규칙	폐지	1954.2.2
	현재 폐지된 법률 수		1개
제 2 장 보건	공중위생관리법	일부개정	2008.3.28
	장사등에 관한 법률	일부개정	2008.3.28
제 2 절 공중위생	일부 개정된 법률 수		2개
	공중목욕장업법	폐지	1986.5.10
	공중위생법	폐지	1999.2.8
	묘지·화장장·매장 및 화장취체규칙	폐지	1961.12.5

	유기장업법	폐지	1986.5.10
	이용사및미용사법	폐지	1986.5.10
	폐수처리장및화제장에관한법률	폐지	1982.12.31
	폐지된 법률 수		6개
제 2 장 보건	건강기능식품에관한법률	일부개정	2008.3.21
	식품위생법	일부개정	2008.2.29
	위생사에관한법률	일부개정	2008.2.29
	일부 개정된 법률 수		3개
	식품안전기본법	제정	2008.6.13
제 1 절 식품위생	제정된 상태의 법률		1개
	공설육장급음식점의면허	폐지	1962.1.20
	메칠알콜(목정)취체규칙	폐지	1962.1.20
	위생상유해음식물및유해물품취체규칙	폐지	1962.1.20
	조선우유영업취체규칙	폐지	1962.1.20
	주정음료의판매금지	폐지	1962.1.20
	청량음료수및빙설영업취체규칙	폐지	1962.1.20
	폐지된 법률 수		6개
제 2 장 보건 제 3 절 예방보건	결핵예방법	일부개정	2008.2.29
	구강보건법	일부개정	2008.2.29
	국민건강증진법	일부개정	2008.2.29
	기생충질환예방법	일부개정	2008.2.29
	암관리법	일부개정	2008.2.29
	전염병예방법	일부개정	2008.2.29
	정신보건법	일부개정	2008.3.21
	천연물신약연구개발촉진법	일부개정	2008.2.29
	후천성면역결핍증예방법	일부개정	2008.3.21
제 3 장 의사·혈액 관리	일부 개정된 법률 수		9개
	공중보건장학을위한특례법	일부개정	2008.2.29
	농어촌등보건의료를위한특별조치법	일부개정	2008.2.29
	미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법	일부개정	1971.1.15
	생명윤리및안전에관한법률	일부개정	2008.6.5
	시체해부및보존에관한법률	일부개정	2008.3.28

응급의료에 관한 법률	일부개정	2008.6.13
의료기기법	일부개정	2008.2.29
의료기사등에 관한 법률	일부개정	2008.2.29
의료법	일부개정	2008.2.29
인체조직안전및관리등에 관한 법률	일부개정	2008.2.29
장기등이식에 관한 법률	일부개정	2008.2.29
한의약육성법	일부개정	2008.2.29
혈액관리법	일부개정	2008.3.28
보건의료기술진흥법	전부개정	2008.3.28
개정된 법률 수		14개
한 의사·한지한의사 및 침치영업자에 관한 한임시조치법	제정	1969.1.29
제정되어 있는 법률 수		1개
의료보조원법	폐지	1973.2.16
조선의료령	폐지	1951.9.25
폐지된 법률 수		2개
전체 법률 수		65개
건국 이후 제정되어 현재까지 그대로 유지되고 있는 상태 법률		6개
건국 이후 제정된 후 현재 폐지된 법률		20개
개정 이후 제정된 후 1회 이상 개정된 상태 법률		39개

표 4. 제36편 보건·의사 편 외에 편재된 보건관련 법규

제38편 사회 복지	제5장 아동·노인·장애자·모자복지	01 모자보건법
		02 노인장기요양보험법
제9편 형사 법	제1장 형 법	01 건범죄단속에관한특별조치법
	제2장 보안처분	01 치료감호법
제40편 노동	제4장 산업안전	01 산업안전보건법
제16편 교 육·학 술	제3장 학교보건	01 학교보건법
	제7장 체육·청소년육성	01 국민체육진흥법
제38편 사회 복지	제2장 사회복지통칙	01 농어촌주민의 보건복지증진을 위한 특별법
	제3장 생활보호	01 의료급여법
	제4장 재해구호	01 한센인피해사건의 진상규명 및 피해자생활지원 등에 관한 법률
	제5장 아동·노인·장애자·모자복지	01 모자보건법
		02 노인장기요양보험법
	제6장 사회보험	01 국민건강보험법
		02 국민건강보험재정건전화특별법
	제7장 가정의례	01 건강가정기본법
제13편 군사	제1장 행정조직·통칙	01국군간호사관학교설치법
제37편 약 사	제2장 약 사	01 약사법
	제3장 마약등	01 마약류관리에 관한 법률
	제4장 화장품	01 화장품법

위 표에서 볼 수 있는 바와 같이 보건에 관한 법규가 다양한 편제는 물론이고 자주 폐지되고 개정되고 있는 것을 볼 수 있다. 이러한 편재의 다양성은 소관 부처의 다양성을 의미하며 이로 인한 보건에 관한 권리에 있어서 체계의 문제점으로 지적되고 있다. 추호경은 이러한 문제점을 다음과 같이 지적하고 있다.³¹⁹⁾

319) 추호경, 「국민보건사업을 위한 법률 제정의 의의」, 『국민보건 연구소 연구논총』 Vol.7. No.1., 1997, p.100.

“의료법은 법체계상 의료 분야에서의 제반 사항을 포괄적으로 규정하는 모법으로서의 위상을 갖추어야 하는데 그러지 못한 면이 강하다. 즉 의료법에 근거가 없는 1, 2, 3차 의료 기관 및 특수 병원의 구분이 「의료보험법」에 의하여 운용되고 있고, 의료법에 정한 의료인·의료기관과 일치되지 않는 의료계획이나 의료기관 시설계획이 정신보건법·지역보건법·노인복지법 등을 근거로 마련 될 수 있는 법체계상의 모순이 있어, 이에 따라 관련 법규들과 규정의 범위나 내용이 상충 될 때 우선 적용의 순서 등에 혼란이 초래 될 수 있는 것이다. 또 건강의식의 함양과 건강에 관한 바른 지식보급 등을 규정하는 「국민건강증진법」에 구강건강사업에 관한 규정(제17조, 제18조)을 법체계상은 물론 보건사업체계상으로도 맞지 않는다는 지적이 있을 수 있다. 의료법에서 의료기관의 개설 운영에 관하여는 의료기관의 종류별로 일정한 요건을 충족하면 개설할 수 있는 것으로 되어 있고 의료·조산의 업을 하는 시설로 규정되어 있기 때문에 의료기관 운영은 원칙적으로 시장경제의 원칙에 따른다고 볼 수 있는 반면(의료법 제3조, 제30조), 의료 보험 법에서는 중략기관의 지정이 강제사항으로 되어 있어(의료 보험법32조) 정부 주도의 강제주의 원칙이 적용되는 등 단행법의 지배원칙에 있어서 일관성을 보이지 않고 있다. 이는 정부가 ‘계획화된 의료’와 ‘자유경제에 맡긴 의료’라는 두 가지 정책 목표사이에서 방황하고 있다는 것을 보여주는 것 이라고도 할 수 있겠는데 두 법률 간에 용인 또는 배제의 연결 고리를 규정 했어야 된다고 본다. 최근 「지역보건법」과 「국민건강법」 등이 제정·공포되면서 이들 법에 포함된 지역보건의료계획과 건강증진계획의 수립에 관한 내용 가운데 의료법과 갈등을 초래할 여지를 안고 있는 조항들이 있다. 예컨대 지역보건의료계획의 내용 중에 보건의료에 관한 장단기 공급 대책, 인력·조직·지역 등 보건의료 자원의 조달 및 관리 등의 사항은 필연적으로 「의료법」상의 의료 인력의 면허(의료법 제2장 제1절), 지역별 소요 병상수의 초과 시 의료기관 개설 허가의 제한 조항(의료법 제30조 제4항 제1호) 등과 상충되고, 또한 「지역보건법」과 「국민건강증진법」의 중요한 내용인 지역보건의료계획의 수립과 건강증진의 계획의 수립 등도 상호 중복 된다. 의료인이 아닌 간호조무사·의료유사

업자안마사에 관한 규정들이 포함 되어 의료제공 관련 인력의 권한의무에 관한 규정이 적용 법역을 달리하고 있는 모순이 있다”

그러나 여기에서 의료법이 母法이 되어야 한다는 의견에는 보건(양생)을 제외한 의료영역에만 타당하다고 본다.

다. 보건에 관한 명령과 규칙

법이 현실의 법률 사건에 적용되기 위해서는 여러 단계의 절차를 거치게 되며, 그 과정에는 책임과 의무 또는 권한을 갖는 행정 조직이 개입하게 된다. 특히 보건에 관한 권리와 같이 적극적 권리인 경우에는 이러한 절차와 권한 그리고 책임 등이 법률에서 규정하고 있는 권리 내용에 결정적인 영향을 주고 있다.

이러한 규정들은 급부법의 기능적 특징인 조치법률, 계획법률, 향도법률, 대강법률, 통제법률, 조직·절차법률 등의 특징에 따라 권리 실현을 위한 실질적인 영향력은 헌법에서 비롯된 내용이 법률, 명령 규칙, 행위로 이어지는 하나의 체계를 통해 이루어진다. 말하자면 규칙이 어긋나도, 또는 행정행위가 어긋나서 사실상 위법행위, 즉 권리 침해가 발생해도 그 침해 사항을 지적하기가 어려워 질 수 있다는 의미이다. 따라서 급부법률에 의한 적극적 권리로서 보장되어야 하는 보건에 관한 권리는 오히려 헌법이나 법률보다 명령과 규칙에서 실현다고 할 수 있다.

이러한 것은 보건자원의 생산 방법이 교육법의 명령과 규칙에 의존하고 있고, 자원을 활용 할 수 있는 자원의 크기와 접근 방법이 국민건강보험법의 명령과 규칙에, 그리고 국민을 위해 시행되는 대부분의 보건 사업이 지역보건법, 건강증진법 등의 명령과 규칙에서 규정되고 있는 것에서 볼 수 있다. 예를 들면 「전염병 예방법」 제11조(정기예방접종) 제1항에서 정기예방접종을 해야 한다고 하고 있으나 일부 예방접종은 동조항 제10호에서 “기타 보건복지가족부장관이 전염병 예방을 위하여 필요하다고 인정하여 지정하는 전염병”이라고 하

여 보건복지가족부 장관이 정하는 규칙(「전염병예방법 시행규칙」 제1조의 2)에서 규정하고 있다.

라. 지방자치단체의 조례

지방자치단체의 조례를 법과 같은 성질로 볼 것인가는 일치된 견해는 없지만 조례에 의해 대부분의 보건에 관한 급부가 이루어지고 있는 점에서³²⁰⁾ 보건에 관한 권리규정에서 핵심적인 역할을 하고 있다. 그럼에도 조례를 법규로 인정하지 않으려는 경향은 객관적 질서로서의 보건에 관한 권리 질서에서 이탈하게 하여 국가의 지나친 통제³²¹⁾나 자치단체의 일방적 급부³²²⁾를 초래하여 보건에 관한 권리의 실효성을 잃게 한다.³²³⁾

2. 보건에 관한 법령의 제정과 개정을 통한 이념 분석

현재(2007년 기준) 적용되고 있는 보건 관련 법규는 우선 사용되고 있는 용어에서부터 소통을 어렵게 하고 있고, 의료를 한의사 면허와 의사 면허로 이원화하여 소통의 벽을 만들었으며³²⁴⁾, 진료와 조제를 분명하게 구별하지 않음으로 해서 의사와 약사 간에 다툼을 만들었고³²⁵⁾, 병원에서 보건(양생) 업무를 제

320) 보건소 설치 및 운영 조례는 지역보건법에 의한 지방자치단체의 조례에 불과하나 이기는 하나 주민과의 직접 급여의 관계는 이 조례에 의해 형성 된다.

321) 참조, 정영원, 행정조직법의 실효성에 관한 연구, 전주대학교 대학원 석사논문, 1992.

322) 서울시 조례에 의한 진료비 12000원 이하의 경우 약제비의 본인 부담금을 서울시에서 보조함으로써 고혈압, 당뇨병 같은 만성질환의 경우에도 진료비 면제를 위해 월1회 진료 할 수 있는 것을 월 4회로 나누어 진료 받고자 하는 경우가 많다. 또한 감기 같은 경우 진료가 기 전액이 면제되기 때문에 아침에 콧물이 흐르면 오후에 감기 진료를 위해 보건소를 찾는 경향이 있다.

323) 참조, 정영원, 앞의 논문.

324) 의료법은 의료 행위를 면허의 범위로 한정 하면서 의사 면허와 한의사 면허를 달리하여, 같은 환자를 한의사와 의사가 치료를 했을 경우 그 치료에 대해 서로 소통되지 못하도록 법규가 제한하고 있다.

거함으로써 보건(양생)은 국가, 의료는 민간이라는 벽을 만들었으며, 최근에는 병원장을 경영전문인에게 맡김으로써 의료를 민간자본의 지배하에 두었고³²⁶⁾, 장차 보건을 자유 시장에 내놓으려 하고 있다.³²⁷⁾

이는 헌법에 명시한 보건에 관한 보호이념과 정합성을 갖지 못한다.

이러한 보건의료 법제 변화에 의해 보건에 관한 권리에서 소극적 권리와 적극적 권리는 이러한 체계, 말하자면 행복가치에 의해 필요이익이 잠식 될 수 있는 실정 법규 체계에 의해 압도 되어 결국 역으로 헌법적 가치의 존재이익 상실은 물론 보건에서 행복 가치인 인간의 존엄과 인간다운 생활조차 위협받을 수 있다.

가. 대한민국 헌법에서 보건에 관한 표현의 진화

헌법에서 보건에 관한 권리는 1948.7.17 제정 헌법 제1호의 “第20條 婚姻은 男女同權을 基本으로 하며 婚姻의 純潔과 家族의 健康은 國家의 特別한 保護를 받는다”에서 보는 바와 같이 “보건”이 아닌 “건강”이란 용어를 사용하였으며 국가의 “특별한 보호”라는 용어를 통해 매우 제한적인 의미를 부여 하고 있다.

그 후 1962.12.26 자 제5차 개헌 헌법 제6호의 第31條는 “모든 國民은 婚姻의 純潔과 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다”에서 비로소 “건강”이란 용어가 “보건」이란 용어로 바뀌게 되었고, “특별한 보호」에서 “보호」로 기술 한 것은 건강과 보건을 구분해야겠다는 의미와 그 보호를 일반화시키겠다는 의미로 보여 진다.

하지만 보건에 관한 권리가 독립된 조항으로 명시되고 있지 않고 “혼인의 순

325) 의약 분쟁은 결국 이익 다툼이나 그 실마리는 바로 진료와 조제의 불분명함에서 비롯되었다.

326) 아직은 비영리기관의 의료관리자를 의사가 아닌 경영전문가도 할 수 있도록 되어 있으나 장차 전체 의료기관으로 확대 될 것으로 보인다.

327) 영리 의료 법인을 허용하는 의료개정안이 논의되고 있다.

결과 보건”이라는 記述로 보아 여전히 보건의 중요성이 크게 인식되지 않고 있음을 알 수 있다.

그러나 1980.10.27 8차 전문개정 된 헌법 제9호 第34條 제②항은 “모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다”고 규정하여 독립된 항목으로 記述한 것은 보건에 관한 관심과 그 중요성이 좀 더 인식되었음을 알 수 있다.

그 후 1987.10.29 9차 전문개정 된 헌법 제00010호 에서는 다른 변화 없이 第36條 제3항에서 “모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다”라고 기술되어 현재에 이르고 있다.

나. 의료법규의 제정과 개정에서 이념의 변화

보건에 관한 법규 중 중심을 이루고 있는 의료법은 1951. 9. 25에 「國民醫療法」이란 명칭으로 제정되고 同法이 1962년 전문 개정되면서 醫療法으로 題名이 변경되었으나 그 전에는 1944. 8. 21 공포된 日本 依用法인 朝鮮醫療令이 시행되었다. 1951. 9. 25 國民醫療法이 제정된 이후 2008년 3월 현재 34차례의 개정이 이루어 졌으나 2000년 이후 18회의 개정으로 지난 최근 8년 동안의 개정이 2000년 이전의 50년 동안의 개정보다 더 많은 개정을 하였는데 이는 그 만큼 빠른 시대의 변화 탓도 있겠으나 다른 한편 의료에 대한 혼돈을 의미하기도 한다.

의미 있는 주요 개정 내용은 우선 1973년 2월 16일 법률 제2533호로 전문 개정³²⁸⁾된 의료법에서 종합병원에서 설치하여야 할 진료과목 중 “健康管理科”를 削除한 것이다. 이때부터 보건에 있어서 민간의 역할과 정부의 역할이 의료와 보건(양생)으로 갈라지게 된 것이다. 그러나 이 때 무면허자의 ‘의료업’ 금지에서 ‘의료행위’의 금지로 강화되었는데³²⁹⁾이는 의료행위가 단순히 직업행위가

328) 비상국무회의에서 의결된 것으로 1973년 2월9일 제안, 상정, 의결이 동시에 이루어졌고, 1973년 2월 16일 공포 되었다.

329) 의료법(일부개정 1965.3.23 법률 제1690호); “제4장 의료업무, 제25조 (무면허자의 의료업무금지) 의사가 아니면 의료를, 치과의사가 아니면 치과 의료를, 한의사가

아니라 보건에 관한 권리 주체의 의료행위이지만 위탁에 의해 이루어 질 수밖에 없다는 점에서 국가 관리의 필요성과 중요성을 인식한 것으로 볼 수 있다.

또 다른 중요한 내용은 의료 행위의 국가관리라는 중요성과 더불어 의료 행위의 도덕성 유지를 위한 규정으로 2001년 이전의 의료법 제40조(관리의사)에서 “의료기관의 개설자가 의료인이 아닐 경우에는 그 의료기관의 주된 의료 업무를 행할 수 있는 의료인으로 하여금 그 의료기관을 관리하게 하여야 한다”라고 하여 순수한 의료 행위의 목적에 따른 의료 행위가 이루어질 수 있도록 규정 하였었다.

그러나 의료법 일부개정(2000년 1월 12일 법률 제6157호)시 개정이유의 언급 없이 위의 의료법 제40조가 삭제되어 현재까지 의료인이 아니면 의료 업무를 관리 할 수 없었던 것을 의료인이 아니어도 관리 할 수 있도록 하였다. 이는 의료 행위가 자본의 지배를 받을 수 있는 길을 열어 놓은 것으로써, 의료에 무지한자도 의료를 관리 할 수 있도록 하여 의료윤리에서 지켜온 의료는 의료인이 관리해야 한다는 원칙을 포기한 것이다. 이러한 것은 미국에서부터 시작되었다고 보이며, 프랑스 의료법에는 의료인이 아니면 의료에서 얻어진 이익을 가질 수 없다고 명시하고 있어 과거 의료법 제40조와 맥을 같이하고 있다.³³⁰⁾

다. 養生(保健, 體育) 관련 법규의 변천

아니면 한방 의료를, 조산원이 아니면 조산업무를, 간호원이 아니면 간호업무를 행하지 못하며 또한 각 그 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다”에서 의료법(전문개정 1973.2.16 법률 제2533호), “제3절(의료행위의 제한) 제24조 (무면허의료행위등 금지) 제①항에서, ”의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 보건사회부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다”로 금지 대상이 ‘의료업무’에서 ‘의료행위’로 바뀌었다.

- 330) 프랑스의료법 제4권(의료업과 의료보조업) 제1편(의사, 치과의사, 조산사) 제1장(의료행위) 제2절(의료행위규정) 제L.365조 제①항은, “의료행위 자격요건을 갖추지 아니한 자가 본편에서 명시하는 직업 의사·치과의사·조산사에 종사하는 자의 의료 활동의 결과인 수당이나 이익의 전부 또는 할당액을 어떠한 협약 명목 하에 받는 것은 금지”된다고 규정되어 있다, 강대룡·한동관 편역, 『프랑스의료법』, 동림사, 1998, p.43.

보건의 영역에서 의료영역의 면허제도는 건강에서 의료를 중요시하고 의료 외의 보건 문제를 소외 시키는 결과를 초래 하였는데 이는 건강이라는 관점에서 매우 비효율적이고 많은 분쟁의 여지를 만들고 있다. 양생의 영역은 크게 체육과 영양 그리고 유사 의료 행위(대체의학 등)로 나누어 볼 수 있는데 체육과 영양은 약간의 제도화된 양생(보건)이라 할 수 있고 유사의료 행위는 제도화 되지 못하고 방치된 양생(보건)이라 할 수 있다. 즉, 영양의 문제는 「건강증진법」으로 제도화 되고 있고, 체육은 「국민체육진흥법」으로 보호되고 있으나 유사의료 행위는 「국가자격기본법」에 의해 민간 자격으로 방치되고 있는 상태이다.

3. 보건에 관한 권리의 실정법 체계 종합

보건에 관한 권리의 실정법 체계는 보건에 관한 권리의 객관적 질서를 기술하는 것으로 파악 할 때 국민 보건을 위한 “필요”의 과학적 확정과 그 급부 절차 그리고 그 대상의 구분에서 체계적이지 못 함을 볼 수 있다.

따라서 보건의료기본법은 좀 더 “필요”의 확정과 급부의 절차에 대한 대강이 과학적이면서 명확한 원칙이 제시 되어야 하고, 서로 다른 대상 - 예를 들면 학생과 직업인에 대한 보건 관리 - 이라 해도 우선은 구체적으로 하나의 법령체계에 편입, 즉 보건의료 법전에 편입되어 일관되게 관리되어야 한다. 또한 방치되고 있는 유사 의료에 대한 민간자격을 국가자격으로 하여 관리 되어야 하고, 의료는 하나의 의료체계, 즉 양방과 한방을 일원화 하여 과학적 근거와 보건에 관한 권리에 근거한 면허 내지 자격을 세분하는 것이 필요하다.

제2절 실정법규에 보장된 보건에 관한 내용의 권리 분석

사회권은 자유권을 함축하고 있고 행복 추구권은 자유권을 함축한 사회권을

함축하고 있다는 전제에서 각층을 구분하고 있으나 이들의 구분은 각각의 창발성을 중심으로 구분이 가능할 뿐이다. 그러나 행복추구권 보장 없이 사회권 보장은 가능하고, 사회권 보장 없이 자유권 보장은 가능하지만, 역으로 자유권 보장 없이 사회권 보장이 있을 수 없고, 사회권 보장 없이 행복권 보장은 없다는 관계의 분명한 구분이 존재한다.³³¹⁾

이러한 전제에서 권리의 보장 형식에는 자유권을 보호하는 소극적 보장 방식, 즉 자율의 평등한 침해금지가 있으며, 사회권을 보호하는 적극적 보장 방식, 즉 필요의 배분에 대한 급부가 있고, 행복추구권을 보호하는 보호가치 이익의 보장 방식, 즉 행복의 형평성을 위한 조장이 있다.

보건은 공공재로서 국민은 국가에 대하여 필요한 만큼 급부 받을 수 있으며 국가는 여기에 응할 의무가 있다. 여기에 보건이라는 공공재를 이용하는 행위의 자율이 함축되어 있고, 좀 더 나은 건강을 위해 보건을 활용할 수 있는 국가의 조장이 요구되는 행복추구권이 지향되어 있다. 따라서 여기에서는 사회권으로서 적극적 권리인 보건에 관한 권리내용 이해에 중점을 두면서 보건에 관한 권리에 함축된 자유권과 보건에 관한 권리를 함축하고 있는 행복추구권을 같이 살펴보고자 한다.

1. 사회권(적극적 권리)으로서 보건에 관한 내용

331) 앞에서 뇌 구조가 삼중 뇌 또는 4단계의 작용 고리를 갖는 뇌에서 설명된 바와 같이 삼중뇌, 4개의 인지고리환은 모두 단위 신경의 집합으로 구성되어 있지만 그들의 부분집합들의 파괴는 이성, 또는 지각의 상실 등 성층구조의 층 관계규칙에 따른 변화를 가져 오듯이, 권리 구조 역시 행위들의 집합에 의해 자유권, 자유권을 함축하는 사회권, 자유권을 함축하고 있는 사회권을 함축하고 있는 행복추구권의 성층 구조를 갖는다. 따라서 여기에도 성층구조의 층 관계 규칙이 적용된다는 것으로, 예를 들면 자유권의 침해는 사회권과 행복추구권 모두의 침해를 가져오지만, 행복추구권 침해는 자유권 침해를 가져오지 않는다는 것이다. 따라서 사건 혹은 행위는 모든 권리와 일차적 혹은 이차적으로 관계를 갖게 되지만 여기서 논의되는 권리는 법적 권리의 차원에서 더 이상 다른 권리로 환원될 수 없는 성층구조를 갖는 세 층의 권리로 설명될 수 있다는 것을 말한다, 앞의 제2장 3절 ‘생명의 정의’ 참조.

적극적 권리로서 보건에 관한 권리³³²⁾는 국민과 국가와의 관계에서 보건을 내용으로 하는 공공재에 대한 권리, 즉 보건을 내용으로 하는 공공재를 급부 받을 권리고, 국가는 국민이 필요한 보건자원을 생산하고 급부할 수 있도록 할 의무가 주어진다. 이러한 보건 자원으로는 크게 보건인력, 보건시설, 보건기술이 있으며, 보건(양생)자원과 의료자원으로 구분하여 볼 수 있다. 여기에서 비록 권리로서의 청구를 분명하게 주장되고 있지는 않으나 그 내용에서 보건에 관한 보호와 보건의 획득을 위한 청구를 말하는, 보건에 관한 적극적 권리를 설명하고 있는 것으로 판단된다.

여기에서는 의료 인력과 의료시설, 특히 의사와 병·의원을 중심으로 그 생산과 이용에 관한 법규를 검토함으로써 사회권으로서의 보건에 관한 권리를 파악해보고자 한다.

가. 보건(의료)자원의 생산

국민의 의미가 複雜性을 갖고 있는 것과 마찬가지로 보건의 의미 역시 복잡성을 갖는다. 보건, 즉 사람을 돌보는 행위가 법률관계를 형성³³³⁾하면서 의료와 양생(보건)으로 구분될 수 있는 복잡성³³⁴⁾을 갖는 보건에 대한 권리가 창발되어 국가의 보호를³³⁵⁾ 받게 된다. 이러한 복잡성을 갖는 권리 내용으로서 보건은 그 필요가 국민들에 의해 법률관계로 합의됨으로서 보건에 관한 사회권의 실체가 형성된다.

따라서 보건의 필요는 보건에 대한 명확한 개념 규정과 실체가 확정되어야 하며, 이를 바탕으로 필요의 규모가 확정 될 수 있어야 되고, 규모 범위의 과학

332) 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.419(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, pp.694-695.

333) 예: 의료 면허제도.

334) 의료는 돌봄을 함축한다.

335) 등록관리를 말한다.

적 이해에 근거한 사회적 합의, 즉 법 규정이 이루어져야 한다.

의료 영역에서는 보건의 필요에 대한 규모가 학문적인 개념규정과 실체의 확정 어느 정도 이루어지고 있으나³³⁶⁾, 아직 보건에 관한 권리 대상으로서 양생(보건)에 관한 필요는 명확한 개념규정과 실체가 명확히 확정되지 못하고 있다³³⁷⁾, 그러나 어느 정도 필요의 확정이 이루어지고 있는 의료분야도 실정법 영역에서는 모호한 상태에서 입법되고 있는 실정이다.³³⁸⁾ 기본권으로서 보건에 관한 권리 선언인 헌법 제36조 제3항의 추상적 규정 형식으로부터 확정적 명령을 도출하는 수단으로서 실정법규는 먼저 보건의료기본법을 들 수 있다. 동 법은 제정이유로, “21세기를 맞이하여 국민의 새로운 保健醫療需要의 변화에 대응하여 국민의 健康權을 보장하고, 保健醫療法令間의 체계성·연계성을 제고시키며, 각 部處의 保健醫療機能에 대한 종합·조정기능을 강화하여 종합적이고 체계적인 保健醫療政策의 수립·시행 체계를 마련함으로써 保健醫療制度의 효율적인 운영과 國民保健의 향상을 도모하려는 것”으로 밝히고 있다. 또한 동 법의 제정이유는 구체적인 骨子는 다음과 같다.

가) 모든 국민이 인간으로서의 尊嚴과 가치를 가지며 幸福을 추구할 수 있도록 하는 것에 최고의 가치를 두고, 국민 개개인이 건강한 삶을 영위할 수 있도록 제도와 여건을 조성하며, 그 시행에 있어서 保健醫療의 형평과 효율의 조화를 기함으로써 국민의 삶의 質을 향상시키는 것을 基本理念으로 하고(法 제2조),

나) 모든 국민은 保健醫療에 관한 법령이 정하는 바에 의하여 자신과 가족의 건강에 관하여 國家의 보호를 받을 權利를 가지며, 性別·年齡·宗教·社會的 身分 또는 經濟的 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 權利를 침해받지 아니하도록 하며(法 제10조),

336) 추계 등 방법.

337) 보건에 관한 권리 논의에서 언급되지 않고 있다.

338) 앞장에서 설명된 용어의 혼란 등, 한의사와 의사, 보건진료원, 의료 인력 추계에
서의 계산법.

다) 모든 국민은 관계 법령이 정하는 바에 의하여 保健醫療人 및 保健醫療機關에 대하여 자신의 保健醫療와 관련한 記錄 등의 열람이나 사본의 교부를 요청할 수 있도록 하고, 자신의 질병에 대한 治療方法 등에 관하여 保健醫療人에게 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 權利를 갖도록 하고(法 제11조 및 제12조),

라) 保健福祉部長官은 관계 中央行政機關의 長과 협의하여 保健醫療發展計劃을 5年마다 수립·시행하고, 市·道知事 및 市長·郡守·區廳長은 保健醫療發展計劃에 따라 地方自治團體 사정을 감안하여 地域保健醫療計劃을 수립·시행하도록 하며(法 제15조 및 제17조),

마) 國家 및 地方自治團體는 생애 週期別 건강상 특성과 주요 健康危險要因을 고려한 平生國民健康管理을 위한 사업을 시행하도록 하고함(法 제31조),

바) 保健福祉部長官은 國民健康에 危害가 큰 질병 중에서 國家가 특별히 관리하여야 할 필요가 있다고 인정되는 질병을 선정하고, 이를 관리하기 위하여 필요한 施策을 수립·시행하도록 함(法 제39조)

그러나 동 법은 의료 관련 용어들의 개념과 실체에 대한 명확한 정의와 기준 내지는 이념을 밝혀야 하지만 실체에 있어서는 전혀 이러한 내용이 없다. 이는 제정이유에서 “건강권”이란 용어를 사용하고 있고, 동 법 제10조³³⁹⁾에서 볼 수 있는 바와 같이 헌법 제36조 제3항이 자유권과 사회권을 모두 설명하고 있는 것으로 보는 해석에 기인된다고 추측된다. 즉, 의료의 핵심인 의사 인력에 대한 법 규정은 없고, 다만 관계부처의 의견에 따르도록 하여 의사 인력의 생산 정원을 국가가 정하겠다는 의지표명만 있을 뿐, 대학을 설립하는 설립자가 결정하도록 되어 있다.³⁴⁰⁾ 의료시설은 의료행위가 이루어지는 유일한³⁴¹⁾ 시설이라는 점

339) 예; 의료기본법 제10조 (건강권 등) ①모든 국민은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하여 자신과 가족의 건강에 관하여 국가의 보호를 받을 권리를 가진다 ② 모든 국민은 성별·연령·종교·사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니한다.

에서 의료시설에 대한 설치규범은 보건에 관한 권리 보장의 정도와 실효성을 파악할 수 있는 규범이라 할 수 있다. 그러나 이러한 의료시설의 규모에 대한 규범은 보건의료기본법이 아니라 지역보건법에 규정되어 있다. 이 법에 의해 시·군·구 단위로 보건소가 설치되고, 군단위의 자치단체의 행정단위인 면단위에 보건지소가, 마을단위에 보건진료소를 설치하도록 함으로써 無醫面 해소의 결과를 얻었다.

그러나 이러한 법규에 의한 보건서비스의 생산은 양생영역(체육 관련 규정)을 제외한 것으로, 의료(보건의료)³⁴²⁾의 규모는 보여주고 있으나 보건에 관한 권리로서 ‘필요’와의 관계는 보여주지 못하고 있다.

‘필요’와의 관계에서 의사의 필요성에서도 의사와 한의사를 하나의 의사인력으로 계산해야 할지의 문제도 전혀 고려되지 않고 있다.

일반적인 보건의료 인력의 추계방법 유형으로 다음과 같은 설명이 있다.³⁴³⁾

① 생물학적 요구량 측정에 의한 방법, ②전통적 표준법에 의한 추계법, ③

340) 고등교육법시행령 제27조, 제28조 제1항 ~ 제5항 참조.

341) 의료법 제33조 제1항.

342) “OECD 회원국의 GDP 대비 평균 국민의료비는 이미 1975년도에 6.8%를 기록하였고 2005년에는 9.0%이지만 우리나라는 2005년 들어서야 겨우 6.0%를 기록하면서 6%대에 진입하였다. 6.0%인 우리나라의 2005년 GDP 대비 국민의료비는 OECD 회원국 중 가장 낮은 수준이며 OECD 회원국 평균인 9.0%보다는 3.0%p 낮다. GDP 대비 국민의료비가 6%대인 국가는 우리나라 외에 폴란드(6.2%)와 멕시코(6.4%)뿐이다. 우리나라의 국민의료비 비율은 우리나라와 국민소득이 비슷한 포르투갈(10.2%)이나 체코(7.2%), 뉴질랜드(9.0%) 등에 비해서도 크게 낮은 수준이다. OECD의 다른 회원국들이 GDP의 평균 9.0%에 해당하는 재원을 국민의 의료에 할당하고 있는 것에 반하여, 우리나라는 지난 시기 급속한 경제성장에도 불구하고 고작 4~5%만을 국민의료를 위해 사용하였던 것이다. 우리나라는 절대금액을 기준으로 하여도 다른 OECD 회원국에 비해 적은 금액을 의료비로 지출하고 있다. 2005년 현재 우리나라 국민 1인당 의료비는 1,318달러로서 OECD 회원국 평균인 2,700달러의 절반에도 미치지 못하는 수준이다, 임금자·최진우·김계현·김한나, 『보건의료 통계 분석 -OECD 보건통계 자료를 기초로-』, 의료정책연구소, 2007. 요약문 p. i.

343) 金永燮, 「西紀 2,000年代 우리나라 保健醫療人力의 需給豫測」, 『행정문제논집』, pp.41-53.

비교 연구에 의한 추계법, ④ 소련형 추계법, ⑤ 경제적 유효수요 계측에 의한 추계법 등이 있으나 본 연구에서는 장래의사수의 추계에는 생물학적 요구량 측정에 의한 추계법과 소련형추정법을 便法으로 援用하여 1인당 연간 의사 진료 환자수총수를 기준으로 구하고 이를 총환자수(연간)에 제함으로써 연간 의사수의 유효수요를 추계하는 방법을 택하였다. 이를 보다 구체화 하면

① 기본모형으로서 t 년의 의사 수(D_t)= t 년의 환자 총수(L_t)/ t 년의 의사 1인당 환자수(dt)로서 정립되고(이때 t 는 1979 ...2001년)

② t 년의 환자총수(L_t)를 구하는 방법으로는 과거자료를 토대로 하여 (1970-1978) 外挿法(Extrapolation Method)의 방법에 의하여 미래치를 추계하고, 의사 1인당 진료환자수(dt)를 추계하기 위하여 현업에 종사하는 100名の一般 및 전문의를 무작위 표본 선정하여 Delphi 식 설문을 한 바, 즉 의사 1인이 현재 1일 몇 사람의 입원 및 외래환자를 진료함이 가장 바람직하고 합리적이라고 생각하며 또 10년 이후에는 몇 사람의 환자를 진료함이 바람직 한 것으로 전망되는가? 라는 설문에 대한 응답 결과를 통하여 연간 의사 1인당 진료환자총수(dt)를 계산할 수 있고(외래 및 입원 환자별로)현재와 10년 이후 간에 걸친 의사 1인당 진료환자수의 변동에 대한 응답결과를 통하여 연간 의사 1인당 환자수의 연도별 체감 율을 산출함으로 변수 t 년(매년도)에 따라서 상이한 의사 1인당 진료환자의 기준치를 구하고 이를 해당년도의 입원 및 외래환자에 제하여 소요 의사수를 계측하고자 한다. 또한, 간호요원(보조간호원포함), 약사, 치과의사, 임상기사, 방사선기사, 치과기사, 위생기사 등 7개 분야의 전문인력의 수요추계는 다음과 같은 동일한 추계방법에 따르기로 한다.

① 국제비교에 의한 의사수대 각종 보건전문인력간의 관계비율중 그 중위치를 산출하여 의사1인당 간호요원, 약사 등으로 하여 앞서 추계한 바 있는 t 년의 의사 수요량과 t 년의 각종 보건전문인력간의 관계식을 산출함으로써 추계하는 방법을 택하였다.

② 문화권이 상이한 만큼 각국의 보건의료인력의 내부구조도 많이 다양하고 상이한 것으로 보나, 한국이 장차 기대될 소득향상의 단계별 발전추이에 비

추어 기준국의 선정기준도 장차 한국이 지향할 소득 및 의료발전의 단계과정에 유사한 국가들을 선정 하였다.

③ 이렇게 선정된 기준 국가들의 의사 1인당 각종 보건의료 인력간의 관계비율의 중위치를 산출하면 다음 도표와 같다.

표 5. 의료인력 비율

區 分	醫 師	齒科醫 師	看護員	藥 師	臨床技 士	放射線技 士	齒科技 士	衛生技 士
中位數	1	0.205	3.04	0.31	0.16	0.08	0.17	0.02

자료: World Health Statistics Annual, WHO, Vol III. 1978년에 추계

이상의 비율(계수)들은 다음에 산출할 각종 보건 전문인력추계를 위한 관계공식의 함수로서 작용 된다.

이상에서 보는 바와 같이 보건에 관한 ‘필요’의 과학적 산출 방식을 활용하고 있지만, 중요 변수인 ‘필요’의 ‘의사 1인당’에서 의사에 한의사가 포함되는가가 문제인데, 여기에서는 한의사는 물론 실질적으로 진료에 참여하고 있는 보건진료원은 전혀 고려되지 않고 있다.

따라서 현재의 실정법규는 의사의 “필요” 산출을 불가능하게 하고 있다.

나. 보건의 이용(급부)

생산된 자원의 배분 방법은 생산된 보건을 어떻게 이용할 것인가의 문제, 즉 각자의 산출된 ‘필요’를 어떻게 급부 받을 것인가의 문제다. 이러한 급부 방법에는 ‘필요’를 신청해서 받는 방법과 ‘필요’를 필요로 하는 당사자의 의사에 상관없이 급부 해주는 방법이 있다. 이렇게 형식상 두 가지 방법이 제시되고 있으나 사실상 이 두 가지 모두는 ‘필요’를 필요에 의해 청구하는 것으로 단지 권리 당사자가 당사자의 의사로 직접 청구하는가 아니면 ‘필요’의 당사자를 대리하는

것인가의 차이일 뿐이다.

필요를 청구해서 급부 받는 방법에 대한 법규로 「국민건강의료보험법, 「의료급여법」을 들 수 있고, ‘필요’를 필요의 당사자의 청구 없이 급부해주는 방법으로 「응급의료법」, 「한국보건의료재단법」을 들 수 있다. 그러나 「국민건강보험법」과 「의료급여법」이 사회복지편에 편재되어 있다는 것은 의료의 급부를 의료에 대한 사회권으로서 적극적 권리인 보전에 관한 권리로 보지 않고 행복추구권 차원에서 이해되어 있는 것으로 보인다. 즉 내용에 따른 편제이기보다 형식에 따른 편제로 그 내용의 실효성 감소를 가져올 수 있는 요소이다. 이밖에 ‘필요’의 직접청구의 방법과 대리에 의한 청구 방법이 혼용되어 있는 것으로는 지역보건법과 지방자치법과 지역보건법에 근거한 지방자치조례가 있다.

이러한 ‘필요’의 급부를 청구하는 경우의 ‘필요’는 주관적이며, 산출된 ‘필요’는 객관적이다. 따라서 주관적인 것과 객관적인 것을 어떻게 일치시킬 것인가가 주요 쟁점이 된다. 말하자면 주관적으로 ‘필요’하다는 것과 객관적으로 ‘필요’하다고 하는 것은 크게 다를 수 있다.³⁴⁴⁾

344) 예를 들어 성북구 보건소를 방문한 한사람이 변비, 두드러기 치료를 위해 2008.08.05 - 2008.12.22 까지 16회 방문하여 논자가 진료한 일례의 경우를 보면 다음과 같다.;

1. 진료 내력

가. 병명 : 변비, 두드러기

나. 처방 내용

알레그라 120mg 1일 1정씩 7일분 처방이 11회

마그밀 500mg 1일 3정씩 20일분 처방이 3회

마그밀 500mg 1일 3정씩 20일분과 알레그라 120mg 1일 1정씩 7일분 처방이 2회였다.

다. 교육과 설명으로 진료기간동안 적게는 1회 많게는 5회 정도 진료면 충분한 증상이다.

라. 처방된 약품은 의사의 처방 없이 모두 구입 할 수 있는 일반 약품들이었다.

마. 교육과 설명에 상관없이 하나의 진료 받을 권리로서 처방해줄 것을 강요하는 유형의 대표적 사례이다.

2. 의료보험 수가에 의한 진료비 총액

가. 순수 의료보험 수가에 의한 약품비

(1) 알레그라 7일분이 2961원

참고로 알레그라 1정은 423원, 같은 알레그라 용량과 병용제의 복합 제인 알레그라 디는 1정329원이며, 단일 제제인 알레그라는 의사 처방 없이 구입할 수 없고, 복합제제인 알레그라 디는 의사의 처방 없이 구입할 수 있다.

(2) 알레그라 7일분과 마그밀 20일분이 4041원

참고로 마그밀 1정은 18원

(3) 마그밀 20일분 360원,

(3) 총 약품비용; $(2961 * 11) + (4041 * 2) + (360 * 3) = 32571 + 8082 + 1080 = 41733$ 원

나. 보건소 진료비 : 보건소 요양급여의상대가치점수당 단가 63.7원, 2009 건강요양급여비용 제12장 보건기관의 진료수가

(1) 16회 방문 진료비

1회 방문당 점수 $63.44 * 63.7 * 16 = 64658.048$

(2) 총 진료비 = 64658원

다. 약국 요양급여의상대가치점수당 단가 64.5 원(2009 건강요양급여비용 제15장) 약국 약제비

(1) 16회 방문 약국 관리료

약국 관리료 $64.5 * 9.30 * 16 = 9597.6$

(2) 16회 방문 조제 기본료

조제 기본료 $64.5 * 8.39 * 16 = 8658.48$

(3) 16회 방문 복약지도료

복약지도 비용 $64.5 * 10.07 * 16 = 10392.24$

(4) 일수별 약품 조제료

7일분씩 11회 $64.5 * 43.12 * 11 = 30593.64$

20일분씩 5회 $64.5 * 79.65 * 5 = 25687.125$

(5) 의약품 관리료

7일분씩 $64.5 * 13.6 * 11 = 9649.2$

20일분씩 $64.5 * 22.89 * 5 = 7382.025$

(6) 총 청구비용 = 102320원

3. 본인 부담금 의료비

진료와 조제 후 지불하는 환자의 본인 부담금 진료비는 약국의 경우 요양급여비용총액 10000원 초과 하면 요양급여비의 30/100, 10000미만이고 65세 이상이면 1200원, 65세미만이면 40/100을 지불해야 한다.

보건소의 경우 요양급여비용총액이 12000원 초과이면 요양급여비용총액의 30/100, 12000원 미만이면 처방전만을 발급한 경우 500원을 지불해야 한다. (2009.7.1. 건강보험법시행규칙 제9조2항 관련 별표 3, 별표 4)

가. 보건소

1일 방문 당 본인 부담금 $500 * 16 = 8000$

나. 약국

1일 방문 당 본인 부담금 $1200 * 16 = 19200$

다. 총 본인 부담금 = 27200 원

라. 조제 지침 등에 의한 감면

(1) 서울 시장 지침에 의한 감면 : 서울시장 방침 2000.06.19. 637호에

그리고 의료급여의 경우 의료보험보다 이용의 절차가 좀 더 복잡하게 규정되어 있는데³⁴⁵⁾ 이 경우 의료 이용에 함축되어 있는 평등의 침해문제³⁴⁶⁾가 제기된다.

같은 질병으로 한방과 양방을 이용할 경우 이중 청구의 문제가 발생하는데 이럴 경우 이중 청구의 구별 방법이 없다.

응급의료법은 그 제정이유³⁴⁷⁾와 제1조 목적³⁴⁸⁾에서 밝히고 있는 바와 같이

의해 65세 이상 약제비가 10000원이하이면 1200원의 본인부담금을 서울시에서 지급

(2) 성북구 조례에 의한 감면 : 성북구 보건소수가조례 제3조 ②항 7호에 의해 65세 이상의 노인의 진료는 진료비 또는 수수료 면제

마. 환자가 지불해야 하는 진료비 = 0 원.

4. 발생된 실질 총 진료비= 208711 원

가. 국민보험공단이 부담하는 총 진료비 = 약제비 + 진료비 + 약품비 - 본인 부담금

(102320 - 19200) + (64658 - 8000) + 41733 = 181511 원

나. 서울시가 부담하는 총 진료비 = 19200 원

다. 성북구가 부담하는 총 진료비 = 8000 원

라. 환자가 부담하는 총 진료비 = 0 원

결론적으로 한사람의 변비와 두드러기를 치료하기 위해 5개월 동안 208711원을 국민이 지불한 셈이다. 만일 국민이 지불하지 않고 본인이 지불해야 했다면 환자 약품비용으로 41733원이면 충분히 해결될 수 있는 문제에 166978원을 제도상의 문제로 더 지불한 것이다.

345) 급여 내용이 보험보다 제한적이고, 이용기관 역시 보험보다 복잡한 절차를 갖는다.

346) 같은 질병에 대해서 같은 치료가 필요한 것에 대해 경제적 이유로 더 복잡한 절차를 요구하는 것은 행위의 신분에 따른 행위의 제한이라는 평등권 침해이다.

347) 「應急醫療에관한法律(제정 1994.1.7 법률 제4730호)」新規制定 이유를 “1991年 7월부터 施行되어 온 應急醫療體系 運營過程에서 導出된 問題의 解決을 위하여 應急醫療體系의 法的 根據를 補完하고 應急醫療體系의 조속한 정착과 발전을 위하여 필요한 規定을 補完함으로써 應急患者가 적기에 걱정수준의 應急醫療을 받을 수 있게 하여 國民의 生命과 健康을 保護하는데 寄與하고자 하려는 것임” 이라고 하면서 그 목적을 “①應急患者에 대한 醫療人, 應急救助士등 應急醫療 從事者의 應急醫療 拒否·忌避를 禁止하고 應急患者에 대한 醫療人의 優先診療 및 應急患者診療에 따른 措置事項을 規定함, ②應急患者에 대한 適正診療을 위하여 綜合病院으로 하여금 應急醫療施設등을 갖추도록 하고 非常診療體系를 유지하게 하며 公休日 및 夜間診療을 위하여 當直醫療機關으로 指定·運營할 수 있도록 함, ③保健社會部長官의 資格認定을 받은 應急救助士는 應急患者에 대하여 應急患者가 발생한 現場에서 救助業務를 行하며 移送중에 應急處理를 할 수 있도록 함, ④應急患者의 申告接受·相談·案内 및 처리를 담당하는 應急患者 情報센터의 法的 根據를 마련하고 情報센터에 대한 醫療機關의 協調義務와 行政機關에 대한 協調要請根據를 規定함, ⑤保健社會部에 應急醫療基金을 設置하

누구나 필요한 응급 진료를 규정하고 있지만 경제적 이유에 의해 제한을 받고 있음에도³⁴⁹⁾ 이를 해결하지 않고 있다.

다. 보전에 관한 권리의 보호 및 실효성

급부법률에 의한 사회권으로서 보전에 관한 권리의 실현은 앞에서 언급된 법률들과 같이 조치법률(「농어촌보건의료를 위한 특별조치법」 등), 향도법률(「공공보건의료에 관한 법률」 등), 대강법률(보건의료기본법), 계획법률(국민건강증진법 등), 절차법률(국민건강보험법, 의료급여법 등), 조직법률(지역보건의료법 등), 통제법률(의료법, 국민건강보험재정건전화특별법 등) 등에 의존하고 있으며, 이들은 침해법률과는 달리 그 내용과 법 기술의 특성상 이들의 하위 법규인 규칙과 명령, 심지어는 행정행위에 이르러서야 그 실체가 파악될 수 있는 까닭에 헌법 제36조 제3항이 지칭하는 의미가 급부법률에서 행정행위에 이르기까지 정합성이 왜곡될 여지가 매우 크다.

또한 침해법률에 의한 침해금지를 주목적으로 하는 자유권에 익숙한 사회일반이, 급부에 의한 권리의 자유권 보장 능력 내지는 효과를 인정하지 않으려는 경향은 그 해석에도 영향을 주어 그 왜곡을 더하고 있다. 더불어 기본권의 구조를 성층구조관계에서 파악할 때 충분히 인식해 볼 수 있는, 서로 다른 기본권의 함축관계를 전제하지 않은, 기본권의 경합 내지는 충돌이라는 인식에 기인

고 基金은 國家·地方自治團體의 出捐金, 醫療機關으로부터 徵收하는 課徵金 등으로 造成하며 應急醫療診療費중 未收金에 대한 代拂 등의 用途에 使用하도록 함. ⑥不法 救急車運用을 根絶하고 救急車運用의 適正을 기하기 위한 救急車 등의 관리에 관한 사항을 規定하고 應急患者 移送를 業으로 하는 應急患者移送業을 新設함”으로 하고 있다.

348) 응급의료법 제1조 (목적)에서 “이 법은 국민들이 응급상황에서 신속하고 적절한 응급의료를 받을 수 있도록 응급의료에 관한 국민의 권리와 의무, 국가·지방자치단체의 책임, 응급의료제공자의 책임과 권리를 정하고 응급의료자원의 효율적인 관리를 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 응급환자의 생명과 건강을 보호하고 국민의료의 적정을 기함을 목적으로 한다”라고 하고 있다.

349) 경제적 어려움으로 보호자의 요청에 의해 퇴원 시킨 후 사망사건에서 보호자와 의사에게 살인죄를 묻은 사건으로 아래 주 참조.

되는 직업권의 주장이 자주 제기되고 있다.

즉 의료 행위가 환자의 보건에 관한 권리 실현을 위한 대표된 환자의 행위로 보지 않고 의료인의 직업에 관한 권리로서 직업행위로 보는 것이다. 이러한 현상은 대부분의 보건에 관한 견해가 의료에 관한 것이고, 이를 반영하는 입법에 있어서도 보건에 관한 다양한 자격을 국가가 관리하도록 규정하지 않고 있다는 점에서 확연히 드러난다.³⁵⁰⁾

350) 임금자·최진우·김계현·김한나, 『2007년 의료관련 주요판례에 대한 조사·분석』, 의료정책연구소, 2008, p.50 참조.

「건강관련 민간자격증 현황 및 관련 판례 경향」에서 원문 인용

1. 현황

그 동안 자격기본법에서는 국민의 생명과 건강 또는 국방과 관련한 민간자격 신설에 대해 특별한 제한을 두지 않아 민간요법사, 체질인증사 등 민간자격이 무분별하게 남발되는 경향이 있었으나 2007년 자격기본법 개정으로 인하여 국민의 생명 건강에 직접적으로 해를 끼칠 수 있는 민간자격의 신설이 제한되고 있으며(자격기본법 제17조 제1항), 별칙 사항을 명시하고 있다(동법 제39조). 그러나 여전히 민간자격증을 취득한 무자격자가 양산되고 있고, 이는 국민의 건강 문제와 직결되는 부분이라 할 수 있다. 일부 민간 기관에서는 단기간의 과정을 수료한 비공인 민간자격증을 부여하고 있으며, 심지어 직장인과 학생들을 위하여 주말이나 방학기간을 이용한 연수교육을 실시한 후 자격증을 부여하는 경우도 있어 문제된다. 보완의학을 포함한 국내 건강 관련 민간자격 현황을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

표 6. 건강 관련 민간자격 현황

자격종류	임 무	검정 기관
대체의학사	질병을 자연치유능력에 맞추어 조율 및 복원	대한자격검정협회
심리상담사	심리검사, 가족상담 및 치료 등	대한자격검정협회
비만관리사	전문지식을 토대로 비만관리에 지속적으로 적용하고 상담과 지도 수행	대한자격검정협회
스포츠마사지사	근육조직의 피로회복과 상해예방 및 컨디셔닝, 리컨디셔닝 관리	한국스포츠마사지총연합회
스포츠마사지사	전문 운동 선수들의 상해 예방과 경기력 향상을 위해 보조 역할 수행	한국스포츠마사지자격협회
스포츠마사지지도강사	전문 스포츠 마사지사 지도 양성	한국스포츠마사지자격협회
발마사지사	발건강관리 관련 건강상담이나 질병예방 활동	한국체형발관리총연합회
발마사지강사	발관리 강사로서 발관리를 배우고자 하는 사람들의 기초적인 이론과 실기교육을 실시함	한국체형발관리 총연합회
운동처방지도자	의사의 운동처방기준에 따른 운동능력 검사, 개인 운동프로그램작성, 체계적인 운동지도 담당	대한스포츠상해예방운동협회
임상심리전문가	심리치료, 심리검사, 심리학적 자문과 지도, 심리학적 연구수행, 심리학적 서비스개발 등	한국임상심리학회
심리치료사	심리치료 및 상담	한국심리학회
언어치료사	장애인 복지시설 및 병원에서 언어치료역할 수행	한국언어치료전문가협회
행동치료사	정서적으로 신체적으로 학습발달이 늦은 아동들에게 교육	한국정서, 학습장애아교육

결과적으로 이는 헌법 제36조 3항이 지칭하고 있는 의미, 즉 자유권인가, 사회권인가, 아니면 자유권과 사회권 모두를 지칭하는가의 질문에 급부권이라는 해석을 하지 않음으로 해서 오는 보전에 관한 권리의 왜곡현상인 것이다.

2. 社會權에 含蓄된 自由權으로서 保健에 관한 내용

신체의 자유가 생명권을 전제로 하듯이³⁵¹⁾ 모든 ‘필요’는 ‘생존’을 전제한다. 즉 무엇을 ‘필요’로 한다는 것은 그 ‘필요’를 가지고 생존 하려고 한다는 것을 의미하기 때문이다. 말하자면 모든 사회권은 자유권을 전제로 하고 있다. 그렇지만 이러한 이유로 해서 개별적인 사회권이 때로는 자유권으로서 설명되거나 혹은 사회권으로 개별적 구분에 의한 설명이 가능한 것³⁵²⁾은 아니다. 이들은 성

	실시	협회
레크리에이션치료사	레크리에이션을 통한 발달장애, 정신장애, 노인질환의 교 육치료	한국치료레크리에이션협회

2. 판례의 태도

면허자로서 단순한 민간자격증 소지자의 의료행위에 대하여 법원은 일관되게 이를 무면허의료행위로 보아 처벌하고 있다. 민간자격관리자로부터 보완의학 관련자격증을 수여 받은 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하였다고 하더라도 국가의 공인을 받지 못한 민간자격을 취득하였다는 사실만으로는 자신의 행위가 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 사유가 있다고 할 수 없다고 판단한 바 있다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결). 그밖에도 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077판결에서는 “외국에서 침구사 자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우 사회상규에 위배되지 아니하는 무면허의료행위로 인정될 수 없다”고 판시한 바 있다.

351) 우리 헌법은 [모든 국민은 신체의 자유를 가진다](§12①1문)라고만 규정하여, 미국의 독립선언서나 독일 헌법과 같은 생명권(Recht auf Leben)에 관한 규정이 없지만, 그 것은 신체의 자유의 전제로서 그리고 우리 기본권 질서의 논리적 당연히 보장된다. 생명에 대한 畏敬과 생명권을 전제 하지 않는 않은 인간의 존엄과 가치 및 행복 추구나 신체의 자유란 상상할 수 없기 때문이다, 이병훈, 『헌법』, 2007, p.278.

352) 보전에 관한 권리는 국가에 의한 건강의 침해 금지라는 소극적 내용과 보건권은 공권력에 의한 건강침해에 대하여 그 배제를 요구 할 수 있다는 점에서는 자유권적 성격을 갖는다는 주장이 대립된다, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, p.419 및 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, p.695.

층 구조에 의한 상향관계와 하향관계에 의해서만 구분 가능하다.

즉, 사회권 관계인 보건에 관한 권리관계에서는 의료인의 의료행위가 보건에 관한 권리 주체의 행위로 간주되는 것은 의료행위가 국가 사무로서의 의료업의 한계 안에서 이루어질 때이다. 따라서 보건에 관한 권리관계가 아닌 자유권 관계의 의료행위³⁵³⁾는 그 의료행위자의 행위로서 책임 지워 진다. 다시 말하면 보건에 관한 권리관계에서 보건에 관한 모든 행위는 국가책임이 따를 때 기본권으로서 보건에 관한 권리라 할 수 있다.³⁵⁴⁾³⁵⁵⁾

이렇게 볼 때 사회권에 함축된 자유권으로서 보건에 관한 권리란 보건에 관한 필요를 급부 받아 사용하고 있는 상태, 즉 직업행위로서가 아닌 의사가 환자를 위한 보건으로서의 치료 행위, 예방 행위, 건강증진 행위 자체를 환자를 ‘대표하는 자’의 행위로서 환자의 행위로 간주되는 환자의 보건 행위의 자유를 말한다. 여기에 주로 적용 되는 법규는 의료법, 전염병 예방법 등이 있다.

가. 치료행위

치료는 면허된 의사에 의해 법률로 지정된 장소에서만 가능하다. 즉 모든 치료 행위는 국가에 의해 통제되고³⁵⁶⁾ 보호되며³⁵⁷⁾³⁵⁸⁾ 강제된다.³⁵⁹⁾³⁶⁰⁾ 따라서

353) 예; 법으로 인정되지 않은 의료 행위로 무면허 의료 행위.

354) 무면허 의료인의 진료에 의한 경우 상해 또는 배상의 책임이 의료 행위자에 있고, 면허 의료인의 진료에 의한 상해 또는 사망에 대한 책임이 1차적으로 국가에 있으며 의료인은 국가에 의해 그 책임을 물을 수 있다는 의미임.

355) 기본권의 침해는 기본권의 효력(기속력)의 反射現象이다. 기본권의 효력이 미치고 그 구속력에 복종해야 하는 대상으로부터 기본권의 효력이 완전히 발생하지 않을 때에 침해의 문제가 생긴다. 기본권은 제1차적으로 국가 기관을 기속하고, 제2차적으로는 사인을 기속하는 것이므로, 기본권의 침해도 제1차적으로는 국가 기관으로부터, 2차적으로는 私人으로부터 온다. 국가권력이 기본권에 기속된다고 하는 것은 입법권·행정권·사법권 등이 국가작용을 할 때 마땅히 기본권을 존중해야 할 헌법적인 기속을 받는다는 뜻이다. 또 私인이 기본권에 기속된다는 것은 종래처럼 기본권이 개인의 국가에 대한 주관적 공권으로만 기능하지 않고, 헌법이 하나의 생활 규범으로서 특히 객관적 질서요소로서의 기본권으로 기능한다는 기본권의 새로운 성격규명으로부터 결과하는 것이다, 이병훈, 『헌법』, 대명출판사, 2007, pp.244-245.

356) 의료법 제27조 및 제33조.

헌법 제36조 제3항에 근거한 의료법과 응급의료에 관한 법률에 따른 의료행위는 의료인의 직업행위가 아닌 치료 받는 자의 치료행위이며 치료를 포함하는 업무는 국가 사무이다.

이렇게 볼 때 의사와 환자 사이의 관계는 대표 관계이며, 국가와 의료인 사이의 관계는 공무 수탁관계이다. 그러나 의료법은 물론 어느 법규에도 이러한 관계를 구체적으로 설명하는 법 규정은 없다.

하지만 이러한 논리에 근거할 때 의사의 치료행위 방해는 환자의 자유권의 침해이고 의료업의 방해는 공무집행 방해와 같다.³⁶¹⁾

이러함에도 진료방해가 단지 의료업의 방해로서 방치되거나 간과되고 있으며, 거꾸로 우리 판례는 진료 과정 중의 사망이나 응급환자를 치료 하던 중 진료비 부담 문제로 가족의 진료 중지 요청에 의한 진료 중지로 사망한 경우, 보전에 관한 권리관계를 선행적으로 인정하지 않고 의료인의 의료 행위를 단지 의료인의 자율행위로 보고 범죄구성요건에 해당시켜 살인의 범죄로 판단하고 있다³⁶²⁾.

나. 질병의 예방행위

질병의 예방은 전염성 질병의 예방과 비전염성 질병의 예방으로 나누어 볼 수 있다.

비전염성 질병의 예방의 경우 자신의 건강을 위해 이루어지고, 전염성 질병의 예방은 자신의 건강을 위한 것이기도 하지만 주로 타인의 건강을 위해 이루어진다. 이 경우의 예방은 공권력에 의해 특정인의 기본권 제한을 가저올 수도 있다.

따라서 보건으로서 질병의 예방이 ‘필요’에 포섭된다면 보건에 관한 권리로

357) 의료법 제12조 제1항 및 제2항. 제13조, 제14조.

358) 응급의료법 제16조, 19조, 제21조 22조.

359) 의료법 제15조.

360) 응급의료에 관한 법률」 제6조 (응급의료의 거부금지 등).

361) 의료법 제13조(의료기재 압류 금지)에서 “의료인의 의료 업무에 필요한 기구·약품, 그 밖의 재료는 압류하지 못한다”라고 규정.

362) 예를 들면 아래 판례에서 자세히 설명되고 있는 일명 보라매 사건.

서 청구할 수 있고 급부되어야 한다. 그러나 ‘필요’에 포섭되지 않는 질병 예방은 사회권에 포섭되지 않은 자율로서 경우에 따라 보건의 범죄의 구성요건이 될 수 있다.³⁶³⁾

그리고 예방은 일어나지 않은 사실에 대한 판단을 전제하는 것임을 의미한다고 할 때, 존재하지 않은 사실에 대한 법률적 판단을 할 수 없다는³⁶⁴⁾ 점에서 과연 이러한 판단이 기본권의 제한 근거가 될 수 있을 것인가의 문제도 제기된다.

결국 이러한 문제는 기본권 제한과 과잉금지원칙의 문제이다. 기본권제한에서 그 근거를 더 큰 가치³⁶⁵⁾, 즉 공익 또는 관계 한편의 더 큰 가치를 위해 한편의 가치를 희생 할 수 있다는 것인데 이는 객관적 관점에서 가치비교 가능성을 전제로 한다. 그러나 이러한 예방행위³⁶⁶⁾가 보건의에 관한 권리관계가 제거될 수

363) 양성 종양으로서 제거 하지 않아도 될 종양을 제거 했다면 이는 신체 상해죄의 구성요건의 대상이 된다.

364) 추론금지원칙, 무죄 추정 원칙 등

365) 이미 1791년 스바레즈(C. G. Suvarez)는 [공적 국법의 제1원칙은 국가가 각 개인의 자유를 제한 할 수 있는 것은 그 것이 모든 자유와 안전의 존립을 위해 자유와 경우에 한정된다(라는 것이다)] 것으로 보았다. 동시에 이것은 [경찰법의 제1원칙]이기도 하며 여기에는 다른 원칙이 첨가 되어 있었다. 그것은 [자유를 제한을 통해 피할 수 있는 그 제한에 의해 전체 또는 개인이 입게 될 불이익보다도 훨씬 중대해야만 한다]는 것이다, 클라우스 슈테른, 김효전 편역, 『독일기본권이론의 이해』, 2004, p.382.

366) 전염병예방법 제8조 (건강진단)에서 “성병의 예방을 위하여 종사자의 건강진단이 필요한 직업으로 보건복지가족부령이 정하는 직업에 종사하는 자와 성병에 감염되어 그 전염을 매개할 상당한 우려가 있다고 시장·군수·구청장이 인정한 자는 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 성병에 관한 건강진단을 받아야 한다”는 규정과 위생분야종사자건강진단규칙[시행 2009. 8.12.] 제3조에서 “성병에 관한 건강진단을 받아야 할 직업에 종사하는 사람과 그 진단 항목 및 횟수는 별표 1과 같

표 7. 성병 건강진단 대상자 및 건강진단 항목 및 횟수

[별표 1] <개정 2009.8.12>성병 건강진단 대상자 및 건강진단 항목 및 횟수(제3조 관련)

성병 건강진단 대상자	건강진단 항목 및 횟수		
	매독검사	HIV검사	그 밖의 성병검사
1. 「청소년보호법 시행령」 제3조제4항 제1호에 따른 영업소의 여성종업원	1회/6개월	1회/6개월	1회/6개월
2. 「식품위생법 시행령」 제22조제1항에 따른 유흥접객원	1회/3개월	1회/6개월	1회/1개월

있는 상황³⁶⁷⁾, 즉 성병을 매개할 우려가 있는 자는 성매매를 업으로 할 경우라고 보아야 할 것인데, 「성매매 금지법」에 의하여 성매매는 금지되고 있어 성매매에 의한 성병전파의 우려로 일반 직업인의 성병 검진을 강제하는 것은 보건에 관한 권리관계에 함축된 의료행위로서 검진행위라고 볼 수 없어 위헌의 소지가 있다. 이렇듯 어떻게 기본권제한의 근거가 될 수 있는가하는 문제가 있음에도 전염병 예방에 있어서 기본권제한은 객관적 가치비교의 분명한 근거 없이 수용되고 있다.³⁶⁸⁾

또 하나의 문제는 현존하지도 않고, 그 크기를 결정 할 수 없으며, 그 결과도 알 수 없는 추정만이 가능 할 뿐인, 이러한 예방의 내용을 갖는 법률관계가 “확정적 법규범”³⁶⁹⁾의 형식을 갖는 침해법률과 같은 법률효과도 가질 수 있는가하는 문제이다. 하지만 생명의 확장영역과 연장영역도 하나의 생명이라는 생명

3. 「안마사에 관한 규칙」 제6조에 따른 안마시술소의 여성종업원	1회/3개월	1회/6개월	1회/3개월
4. 불특정 다수를 대상으로 성병을 감염시킬 우려가 있는 행위를 하는 사람으로서 보건복지가족부장관이 인정하는 사람	1회/3개월	1회/6개월	1회/1주

다”고 규정하고 있다.

367) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률[시행 2005. 3.24] [법률 제7404호, 2005. 3.24, 일부개정] 제3조 (국가 등의 책무)에서 “①국가 및 지방자치단체는 성매매, 성매매알선등행위 및 성매매 목적의 인신매매의 예방과 근절을 위한 교육 및 홍보 등에 관하여 법적·제도적 대책을 마련하고, 필요한 재원을 조달하여야 한다. ②국가는 성매매 목적의 인신매매 방지를 위한 국제협력의 증진과 형사사법의 공조의 강화에 노력하여야 한다”.

제4조 (금지행위)에서 “누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 성매매, 2. 성매매알선등행위, 3. 성매매 목적의 인신매매, 4. 성을 파는 행위를 하게 할 목적으로 타인을 고용·모집하거나 성매매가 행하여진다는 사실을 알고 직업을 소개·알선하는 행위, 5. 제1호·제2호 및 제4호의 행위 및 그 행위가 행하여지는 업소에 대한 광고행위”라는 규정은 성병검진 대상자 그리고 성병검진 대상자의 고용인과 광고업자를 처벌할 근거가 된다.

368) 사소한 점에서도 많은 다름이 있었으나 의심 없이 타당한 과잉금지(비례명령)에 의한 이러한 제한은 국가의 변혁을 초월하여 원리적으로는 침해당하는 일이 없었다. 이 원리는 그 모습에 관해서 수많은 의문이 있었지만 점차 급부행정을 포함한 행정법전체의 구성부분이 되었다, 위의 책, p.383.

369) 확정적 법규범이란 구성 요건과 법률효과가 비교적 명확하게 확정적인 내용을 갖는 법규범임, 김도균, 『권리의 문법』, 박영사, 2008.

의 정의에 따른다면 생명의 연장으로서 미래의 외연은 현재 생명의 외연으로 간주된다는 것, 내지는 생명의 연장영역으로서 생명의 책임 내지는 행위영역으로 간주될 수 있다.

이러한 관점에서 현재 생명의 외연과 미래 생명의 외연이 같은 하나의 생명이고 미래의 외연이 보건의 부재로 건강이 침해 받을 수 있다면, 즉 현재의 보건의 부재와 미래의 생명의 외연 손상과 인과관계가 인정된다면 생명의 현재 외연에 대한 보건을(公共善財 또는 公共負財) 생명권 차원에서 인정해야 한다. 또한 이러한 건강 예방을 내용으로 하는 법률관계는 국가의 이익을 위해 국가가 필요로 하는 국민에게 지워질 보건의무(公共負財) 관계로도 이해되어야 한다.³⁷⁰⁾

이러한 관계의 법률로 전염병예방법, 결핵예방법, 구강보건법, 기생충질환예방법, 식품위생법, 공중위생관리법, 후천성면역결핍증예방법, 혈액관리법, 모자보건법, 학교보건법, 산업안전보건법, 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」, 약사법, 「건강기능식품에 관한법률」, 건강증진법의 금연 등이 있다. 이러한 법률들의 중심 내용, 즉 국가의 예방을 위한 보건 급여는 크게 건강검진, 예방접종, 격리수용, 건강행태관리로 구분 해볼 수 있다.

먼저 건강검진에 대한 필요를 양생(보건)의 관점, 즉 수진자의 이익을 위하는 명분을 갖는 검진으로 국민건강보험법³⁷¹⁾에 의한 건강검진³⁷²⁾, 학교보건법³⁷³⁾에

370) 결국 전체와 부분, 상층과 하층의 관계에서 설명될 수밖에 없다. 성층구조와 진화 과정에서 상향관계와 하향관계에서 상층 또는 하층의 가치비교 내지는 주체로서 主人性的 문제이다. 이 근거는 개인주의와 단체주의의 입장에서 모두 설명 가능한 성층구조와 진화론의 입장에서, 하나의 생명이 자신의 확장된 영역과 연장된 영역을 어떻게 수용하고 있는가의 문제이다. 생명의 중심이 하층에서 상층으로 옮겨질 수 있을 때(국가를 위해 목숨을 내놓는다거나, 신념을 위해 목숨을 버리는 것과 같은), 진화 전에서 진화 후로 옮겨 놓을 수 있을 때(응급 구조에서 어린이를 제일 우선으로 하는 것과 같은), 국가가 확장된 생명으로서, 미래가 연장된 생명으로서 수용 될 수 있을 때만 가능하다는 것이다.

371) 國民健康保險法(제정 1999.2.8 법률 5854호)은 制定理由로, “疾病의 治療외에 豫防·健康増進 등을 포함하는 包括的인 醫療서비스를 제공하여 國民健康의 향상을 도모하려는 것”이라고 하고, 국민건강보험법(일부개정 2008.3.28 법률 제9079호) 第1條의 目的을 “ 國民의 疾病·負傷에 대한 豫防·診斷·治療·再活과 出産·死亡 및 健康増進에 대하여 保險給與를 실시함으로써 國民保健을 향상시키

의한 건강검진³⁷⁴⁾, 산업안전보건법³⁷⁵⁾에 의한 건강검진³⁷⁶⁾이 있고, 수진자의 이익이 아닌 타인을 위한 검진으로 전염병 예방법³⁷⁷⁾에 의한, 전염병에 감염되어 전염시킬 우려³⁷⁸⁾가 있는 자에 대한 강제 건강검진 명령³⁷⁹⁾³⁸⁰⁾, 식품위생법³⁸¹⁾

고 社會保障을 增進함을 目的으로 한다”로 규정 하고 있다.

372) 第47條 (健康檢診) ①公團은 加入者 및 被扶養者에 대하여 疾病의 早期發見과 그에 따른 療養給與를 하기 위하여 健康檢診을 실시한다.

373) 학교보건법(제정 1967.3.30 법률 1928호) 新規制定 이유를 “學校의 保健管理에 필요한 사항을 규정하여 學生 및 敎職員의 健康을 보호·증진하게 함으로써 學校敎育의 能率化를 기하려는 것”이라고 규정하고 있다. 또한 동법(일부개정 2008.3.21 법률 제8912호) 제1조에서 목적을 “이 법은 학교의 보건관리와 환경위생 정화에 필요한 사항을 규정하여 학생과 교직원의 건강을 보호·증진함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

374) 학교보건법 제7조 (건강검사 등) 이하 규정에서 보건에 관한 소관부서와는 별도로 건강검진에 관한 사항을 규정하고 있다.

375) 産業安全保健法(제정 1981.12.31 법률 제3532호) 新規制定 이유를 “... 職業病의 發生增加에 효율적으로 對處하기 위하여 ... (또한) 産業災害를 효율적으로 豫防하고 快適한 作業環境을 造成하여 勤勞者의 安全, 保健을 增進·향상하게 하려는 것”이라고 하였다. 그리고 산업안전보건법(일부개정 2007.5.25 법률 제8486호) 第1條 目的에서 “... 産業災害를 豫防하고 快適한 作業環境을 造成함으로써 勤勞者의 安全과 保健을 유지·增進함을 目的으로 한다”고 하고 있다.

376) 산업안전보건법 第43條 (健康診斷) 이하 규정으로 보건관리의 소관 부서와는 별도로 규정되고 있다.

377) 傳染病豫防法(제정 1954.2.2 법률 308호) 新規制定 이유를 “傳染病의 발생을 방지하여 國民保健의 향상에 기여하려는 것”이라 하였다. 그리고 제1조 목적에서 “이 법은 전염병의 발생과 유행을 방지하여 국민보건을 향상 증진시킴을 목적으로 한다<개정 1976.12.31>”라고 하고 있다.

378) 아직 감염된 판단은 없다. 예를 들어 신종독감 유행초기 신종독감 위험지역에서 입국한 자에 대한 강제 검진, 유흥접객업소 종사자들에 대한 후천성면역결핍증 등 성병의 정기 검진 등이다.

379) 전염병 예방법<개정 2008.2.29> 제8조 (건강진단) 성병의 예방을 위하여 종사자의 건강진단이 필요한 직업으로 보건복지가족부령이 정하는 직업에 종사하는 자와 성병에 감염되어 그 전염을 매개할 상당한 우려가 있다고 시장·군수·구청장이 인정한 자는 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 성병에 관한 건강진단을 받아야 한다.

380) 전염병 예방법 제9조 (건강진단 등의 명령<개정 1999.2.8>) 시장·군수·구청장은 전염병에 감염되었으리라고 의심되는 충분한 이유 있는 자 또는 전염병에 감염되기 쉬운 환경에 있는 자에 대하여 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 건강진단을 받거나 전염병예방에 필요한 예방접종을 받을 것을 명할 수 있다<최종 개정, 2008.2.29>.

381) 食品衛生法(제정 1962.1.20 법률 1007호) 新規制定 이유를 “食品으로 인한 衛生

에 의한 건강검진³⁸²⁾, 공중위생관리법³⁸³⁾에 의한 건강검진³⁸⁴⁾이 있다.

이들 중 전염병 예방법에 의한 건강검진결과서(과거 보건증이라 함)의 경우³⁸⁵⁾ 실질적으로 기본권 제한을 지방자치단체장에 의해 제한 될 수 있도록 하고 있는 것과 우려만을 가지고 제한 할 수 있는 것은 과잉금지 원칙³⁸⁶⁾을 벗어나는 것은 물론 법률유보 원칙³⁸⁷⁾에서도 벗어나 있다.

그리고 전염병 예방법에 의한 감염될 우려가 있거나 전염이 예상되는 지역이나 개인에 대한 강제 격리³⁸⁸⁾를 할 수 있도록 하고 있으나, 강제수용의 경우에 대한 보호규정이 미흡하다.³⁸⁹⁾

上の危害の防止와 ... 國民保健의 向上과 増進에 寄與하려는 것”이라 설명하고 있다. 그리고 식품위생법(일부개정 2008.2.29 법률 제8852호) 제1조 목적에서 “이 법은 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공함으로써 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다”라 하고 있다.

382) 식품위생법 제26조 (건강진단) “②제1항의 규정에 의하여 건강진단을 받은 결과 타인에게 위해를 끼칠 우려가 있는 질병이 있다고 인정된 자는 그 영업에 종사하지 못한다. ③영업자는 제1항의 규정에 위반하여 건강진단을 받지 아니한 자나 제2항의 건강진단결과 타인에게 위해를 끼칠 우려가 있는 질병이 있다고 인정된 자를 그 영업에 종사시키지 못한다”고 규정하고 있다.

383) 공중위생관리법(제정 1999.2.8 법률 5839호) 신규제정 이유를 “... 公衆에 대한 衛生管理서비스를 향상시키고 法律의 體系를 정비하려는 것”이라고 하고 있다. 그리고 공중위생관리법(일부개정 2008.3.28 법률 제9026호) 제1조 목적에서 “이 법은 공중이 이용하는 영업과 시설의 위생관리등에 관한 사항을 규정함으로써 위수준을 향상시켜 국민의 건강증진에 기여함을 목적으로 한다”라고 하고 있다.

384) 제6조 (이용사 및 미용사의 면허 등) “②다음 각호의 1에 해당하는 자는 이용사 또는 미용사의 면허를 받을 수 없다 <개정 2007.12.14, 2008.2.29>”고 하고 제3호에서 “공중의 위생에 영향을 미칠 수 있는 전염병환자로서 보건복지가족부령이 정하는 자”라는 규정에서 간단하게 규정하고 있고 대부분 국민보건의 보호기준을 명령과 규칙에 위임하고 있다.

385) 위생분야종사자등의건강진단규칙(제정 1984.9.8 보건사회부령 754호) 신규제정 이유를 “... 전염병 예방사업을 효율적으로 추진하려는 것”이라 하였다.

386) 유흥업소에 종사한다는 이유만으로 성병에 걸릴 우려가 있다고 판단하는 것은 인격권의 침해 이다.

387) 법률에 의한 제한이 아니고 자치단체장에 의한 제한으로 되어 있다.

388) 전염병 예방법 39조 (제1군전염병예방조치<개정 2000.1.12>).

389) 제23조 (전염병예방시설의 설치 등 <개정 2003.8.6>)에서 볼 수 있는 것처럼 강제수용보호시설에 대해서는 임의조항으로 되어 있다. 즉 보호의 방법이나 그 규모 등이 규정되어 있어야 필요에 의한 사회권으로서 보건에 관한 권리 규정이라

예방접종의 경우 사실상 예방접종을 강제하고 있으나³⁹⁰⁾ 규정 형식은 예방접종 실시를 지방자치단체의 의무규정으로 하고 있다. 이는 예방접종을 기본권의 제한이 아닌 급부에 의한 예방접종임을 천명하려는 것으로 볼 수 있겠으나, 민간 의료기관이 대부분인 실정에서, 급여기관을 지방자치단체 의료기관인 보건소에만 한정시킨 것은 급부국가의 의미를 퇴색시키고, 민간 의료기관도 공공성을 갖는다는 사실을 고려치 않은 것으로 보인다.³⁹¹⁾

건강 행태에 있어서는 건강증진법의³⁹²⁾ 금연³⁹³⁾ 절주에 관한 규정을 들 수 있고 생식에 있어 모자보건법³⁹⁴⁾에서의 낙태³⁹⁵⁾ 규정을 들 수 있다.

할 수 있을 것이다.

390) 전염병 예방법 제11조 (정기예방접종) ①시장·군수·구청장은 다음 각 호의 질병에 관하여 「지역보건법」 제7조의 규정에 따라 설치된 보건소(이하 “보건소”라 한다)를 통하여 정기예방접종을 실시하여야 한다. <개정 1997.12.13, 2000.1.12, 2005.7.13, 2006.9.27, 2008.2.29>

②시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 따른 정기예방접종업무를 대통령이 정하는 바에 따라 관할구역 안에 있는 의료기관(「의료법」에 따른 의료기관을 말한다)에 위탁할 수 있다. <신설 2006.9.27> [전문개정 1995.1.5]

391) 형식과 내용의 일관성 결여는 개체의 정체성의 분열, 즉 정신 분열과 같은 결과를 초래한다. 즉 예를 들면 결핵예방접종이 보건소에서 실시하는 것과 민간 병원에서 실시하는 것이 다르며, 비용부담 능력이 충분 한 사람은 개인 병원을, 능력이 없는 사람은 보건소를 이용하는 것, 흉터를 적게 하기 위해서는 민간 병원을 이용하는 경향이 있음에도 국가는 분명한 태도를 보이지 않고 있다.

392) 國民健康増進法(제정 1995.1.5 법률 제4914호) 新規制定 이유를 “... 保健政策의 方向을 종래의 治療中心의 소극적 方法에서 保健教育·營養改善·健康生活實踐等 事前豫防的 事業으로 轉換하여 國民健康増進을 도모하려는 것”이라고 하고 있다. 그리고 국민건강증진법(일부개정 2006.12.30 법률 제8153호) 제1조 목적에서 “이 법은 국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강을 증진함을 목적으로 한다”고 하고 있다.

393) 국민건강증진법 제9조 (금연을 위한 조치).

394) 母子保健法(제정 1973.2.8 법률 제2514호) 新規制定 이유를 “母性の 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 出産과 養育을 도모함으로써 국민의 保健向上에 기여하려는 것임”이라고 하면서 그 주요골자를 “①國家 또는 地方自治團體는 영유아의 건전한 발육을 도모하기 위하여 母性 및 영유아에 대한 疾病 및 사고의 예방, 疾病의 조기발견 및 치료 등에 관하여 적절한 조치를 하도록 함, ②人工妊娠中絶手術의 허용한계를 정함, ③家族計劃要員의 소요경비 등에 대한 국고보조를 할 수 있도록 함”이라고 하였다. 그리고 모자보건법(일부개정 2008.2.29 법률 제8852호) 第1條 目的을 “이 법은 母性の 生命과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 出産과 養育을 도모함으로써 國民保健向上에 이바지함을 目的으로 한다”라고 하

다. 건강증진행위

건강증진(health enhancement)은 국민체육진흥법³⁹⁶⁾에 의한 체육진흥³⁹⁷⁾이 있으며, 보건에 있어 가장 중요한 역할임에도 보건의 영역보다 단지 놀이의 영역으로 이해되고 있어 의료와 체육이 제도적으로 일관성 있는 체계를 이루고 있지 못하고 있다.³⁹⁸⁾

3. 행복추구권의 바탕으로서 보건에 관한 내용

개인의 집합으로 사회가 창발 되고, 다시 헌법에 의한 국가로 창발 되면서 개인의 자유영역이 아니며, 급부 받아야 할 ‘필요’가 아닌 국가 작용 의해 형성 되는, 또는 생산되는 이익³⁹⁹⁾이 창발 되는데 이러한 이익이 국민의 행복을 결정 짓는 주요 요소가 된다. 이러한 이익은 주로 ‘반사이익’ 또는 ‘법률상 보호 이익’을 구성하게 되는데 이는 국가의 창발성에 의존되어 있는 잉여에서 비롯된다.

국가의 잉여가치는 능력 있는 사회 구성원의 능력을 원천으로 생성되며, 복

고 있다.

395) 모자보건법 第14條 (人工妊娠中絶手術의 許容限界) ①醫師는 다음 各號의 1에 해당되는 경우에 한하여 本人과 配偶者(사실상의 婚姻關係에 있는 者를 포함한다. 이하 같다)의 同意를 얻어 人工妊娠中絶手術을 할 수 있다(이하 생략).

396) 국민체육진흥법(제정 1962.9.17 법률 제1146호) 신규제정 이유를“국민체육을 진흥하여 국민의 체력을 증진시키고 건전한 정신을 함양하여 명량한 국민생활을 영위하게 하려는 것임”이라고 하였다. 그리고 국민체육진흥법(일부개정 2008.2.29 법률 제8852호) 제1조 목적을 “이 법은 국민체육을 진흥하여 국민의 체력을 증진하고, 건전한 정신을 함양하여 명량한 국민 생활을 영위하게 하며, 나아가 체육을 통하여 국위 선양에 이바지함을 목적으로 한다”라고 하고 있다.

397) 국민체육진흥법 제7조 (체육의 날과 체육 주간), 제8조 (지방 체육의 진흥), 제9조 (학교 체육의 진흥), 제10조 (직장 체육의 진흥) 참조.

398) 진료에서도 체육에 관한 설명이 매우 빈약함을 누구나 알고 있는 사실 일 것이다. 특히 골·관절 계통의 질병에서 체육의 문제가 가장 중요 함에도 진료 전이나 후에 매우 간과되거나 아예 언급이 없다.

399) 반사이익.

지 국가를 추구하는 국가는 능력이 부족한 사회 구성원의 ‘필요’를 보충하여 모든 사회구성원들의 평화공존과 공영을 유지하는데 절대적으로 필요하다. 문제는 능력 있는 자의 능력을 어떻게 이끌어 낼 것이며, 능력 없는 자는 능력 있는 자를 어떻게 수용 할 것인가의 문제이다. 여기에서 능력 있는 자는 능력에 의한 소유를 강하게 주장 할 것이고, 능력 없는 자는 평균적 평등을 위한 필요의 주장을 하게 될 것이다.

그러나 능력 있는 자만 존재하는 사회나 국가는 존재하지 않으며, 모든 기회와 조건이 평등한 사회나 국가도 존재 할 수 없다는 점에서 양자 사이의 충돌이나 조화 등과 같은 상태가 예상되는데, 국가는 여기서 조화 상태를 형평의 상태, 즉 능력 있는 자가 능력 없는 자에 의해 수용 되고, 능력 있는 자가 능력 없는 자를 위해 잉여가치를 만들 수 있는 상태를 만드는 법률을 제정하고 그 법률을 통해 공영을 이룩하여야 한다.

보건 영역, 특히 의료 영역에 있어서 이러한 주장은, 능력 있는 자는 의료를 모두 자유 시장 경쟁의 재화로 보고자하고, 능력 없는 자는 의료를 모두 공공재화로 보려는 지나친 주장은 마치 어느 한쪽이 옳은가를 밝혀야만 하는 것처럼 보인다.

이러한 대립 가운데 단순한 물리적인 현상에서 국가의 잉여 이익이 많으면 많을수록 부족한 것을 메우기가 쉽다는 인식에서인지, 필요가 잉여로 전환 될 수 없도록 하는 장치 없이 능력자들의 생산을 위한, 즉 보건의 영역에서 자유 시장 경제 원칙을 적용하려는 시도가 보건의 관한 법률의 제·개정으로 나타나고 있다.

보건의 영역에서 이러한 시도로 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 보건의료기술 진흥법, 첨단의료복합단지 지정 및 지원에 관한 특별법, 한국보건산업진흥원법, 천연물신약연구개발촉진법, 「한의약 육성법」, 「시체해부 및 보존에 관한 법률」, 「인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률」, 「장기 등 이식에 관한 법률」이 있다.

가. 생명형식의 진화

‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’⁴⁰⁰⁾의 제정은 인체 해부의 승인이라는 시대적 변화에 필적할 만한 인간에 대한 사고의 대 전환이다. 즉 생명과 윤리의 문제가 과학을 도구로 하여 국가 법률의 영역으로의 포섭된 것은 곧 종교의 영역이 법의 영역으로 포섭될 수 있는 가능성을 말하기도 하기 때문이다.⁴⁰¹⁾

배아⁴⁰²⁾ 복제가 가능하며, 어느 장기에 질병이 있을 경우 이 장기를 바꾸어 정상 생활을 할 수 있다는 가능성에서, 이미 동물 복제에 성공 한 바와 같이 인간 복제도 가능하다는 전제는 행복가치의 문제에 심각한 과제를 주고 있다. 즉, 인간 생명의 중심을 인격으로 보아야 할 것인가 肉身(신체)에 두어야 할 것인가의 문제로, 장차 침해의 중대성 판단에 있어서 복제될 수 있는 육신의 침해보다 이러한 복제될 수 없는 인격의 침해가 중대 침해로 법제화 될 수 있다는 것을 말한다.

나. 보건산업 육성

400) 「생명윤리및안전에관한법률(제정 2004.1.29 법률 제7150호)」 제정이유를 “급격히 발전하고 있는 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 보장하고, 국민의 건강과 삶의 질 향상을 위하여 질병치료 및 예방 등에 필요한 생명과학기술을 위하여 개발·이용할 수 있는 제도적 장치를 마련하려는 것”이라고 하면서 목적을 “이 법은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다”라고 하고 있다.

401) 가치 평가를 필요로 하는 한 영역에서 서로 다른 평가 기준이 적용 된다는 것은 소통의 어려움을 의미하며, 곧 공존의 어려움과 공생의 붕괴를 가져 올 수 있기 때문이다. 최근 중동 지역의 분쟁은 극명한 예가 된다. 따라서 현재 법의 테두리 안에서의 종교의 자유를 허용 한다고는 하지만, 아직 법의 종교 포섭은 매우 미약하다. 그러나 생명윤리의 법제화는 법의 종교포섭을 매우 촉진할 것으로 보인다.

402) 배아(胚芽;Embryo)는 정자와 난자가 만나 형성된 수정란이 세포분열을 시작한 직후부터 자궁에 착상되어 태아가 되기 전까지를 말한다. 배아줄기세포(Embryonic Stem cell)는 장차 간(肝)이나 폐 등 각종 장기로 자라날 수 있는 전능세포(全能細胞)로, 보통 초기 배아에 있는 세포괴에서 추출한 세포를 배양해서 만들어진다. 박재욱, 「미국의 인간복제금지법안」, 『법제』, 통권 제530호, 법제처, 2002, pp.79-8; 배아는 장기형성이 완성되는 약 8주까지를 말하고 이후 장기가 성장 하는 시기를 태아(fetus)라고 한다, 서계원, 「생명윤리법상 생명권과 인간배아복제의 문제」, 『세계헌법연구』, 제10호, 국제헌법학회·한국학회, p.115 참조.

보건에서 잉여의 가치를 자유시장 영역으로 하려는 의도는 「첨단의료복합단지 지정 및 지원에 관한 특별법」, 「한국보건산업진흥원법」, 「천연물신약연구개발촉진법」, 「한의약육성법」, 「생명윤리및안전에관한법률」, 「시체해부 및 보존에 관한 법률」, 「인체조직안전및관리등에관한법률」, 「장기 등이식에 관한 법률」에서와 같이 최근 들어 입법되었고, 영리의료법인의 승인 등에서 두드러지게 나타나고 있다. “필요”는 능력사회의 잉여에 의해 보충되지만, 거꾸로 “필요”가 잉여로 쓰일 수 있다는 점에서 이와 관련된 법기술은 과학적 근거와 국가 통제를 필요로 한다.

다. 보건기술의 개발

보건의료 기술 개발을 위한 법규로 「보건의료기술 진흥법」을 들 수 있는데 보건 사업에 대한 법규보다 관련 법규가 작다는 점에서 그 만큼 관심을 끌지 못하고 있는 것으로 보여 진다. 이는 보건의 “필요”보다 능력 있는 사회의 “잉여”를 위해 더 노력하고 있다고 판단되는 것으로 이러한 경향에 의해 “필요”의 침해 가능성에 대한 분석과 대책이 필요함을 말해 주고 있다.

제3절 보건권 등에 관한 판례 분석

‘보건에 관한 권리 이해’를 위한 하나의 방법은 보건에 관한 법적 사실들로부터 나타나있는 ‘보건에 관한 권리’에 대한 정당한 ‘보건에 관한 권리’에 의한 비판으로 주어지는 소통이다.

즉 지금까지의 논지 전개는 이러한 소통을 위해서 정당한 ‘보건에 관한 권리’의 이론적 분석과 종합의 논지를 전개 해온 것이다. 물론 소송사건이 권리의 확인에 그치는 것은 아니지만 논지의 목적이 보건에 관한 권리의 효력을 발생시키는 총체적 구성요건이 무엇인가와 그것을 어떻게 규정지음으로서 소통이 가

능하게 할 것인가에 있다.

따라서 사건으로부터 보건에 관한 권리의 효력을 발생시키는 요건이 무엇인가를, 경험하고 있는 판례에 나타나 있는 것과 본 논지의 주장에 따른 것과 비교 분석하여 논지의 주장을 뒷받침하고자 하는 것이 이절의 목적이다.

여기의 ‘보건에 관한 권리의 효력을 발생시키는 요건’은 이러한 ‘보건에 관한 권리’의 효력을 발생시키는 총체적인 요건으로서 ‘광의의 기본권 구성요건’⁴⁰³⁾이다. 이러한 ‘광의의 기본권 구성 요건’은 본 논지의 이론적 바탕이 되고 있는 성층구조의 관점에서 광의와 협의의 구별, 그리고 구성요건과 제한의 구별을 필요로 하지 않기 때문에 여기의 논지에서는 일반적으로 구별의 관점에서의 ‘광의의 기본권 구성요건’이 ‘구성요건’⁴⁰⁴⁾이라는 용어로 사용된다.

그러나 이러한 구별이 꼭 필요한 경우에 그 차이를 지칭하여 사용하고자 한다.

1. 의료 “면허”에 관련된 법률사건

403) “법규범의 법적 효과는 그 법규범의 모든 조건들이 충족되면 발생하므로 기본권 구성요건의 개념도 기본권의 확정적(definitiv) 법적효과를 위한 조건들의 총체로 이해하는 것으로 정의할 수 있는데 이런 기본권구성요건 개념을 광의의 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand im weiteren Sinne)이라고 한다면, 이런 광의의 구성요건에 비해서 협의의 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand im engeren Sinne)은 이제까지 단순히 구성요건이라 일컬어졌던, 기본권제한(규정)과 대립되었던 개념을 의미한다.”(윤재만, 「기본권 구성요건과 헌법 해석」, 『사회과학사』, 제6집 제1호, 大邱大學校社會科學研究所, 1999, pp.172-173).

404) ‘구성요건 그리고 제한 내지 한계’는 ‘구성요건’이 구성하는 권리의 범위 내지는 기준으로, 성층구조에서 볼 때 그 범위와 기준은 명확하다. 즉 자유권은 자율의 평등이고 사회권은 필요의 분배이며, 행복 추구권은 행복의 형평이다(형평에는 입법제량과 행정제량이 허용되는 영역이다). 성층구조의 관점에서 먼저 서로 다른 차원의 경계를 갖는 자유의 요건, 필요의 요건, 행복의 요건, 그리고 각 차원의 요건에 권리 담지자의 생명의 확장 및 연장의 요건이 합하여 곧 ‘구성요건’이 된다. 이러한 요건의 경계를 기준으로 경계 안이 구성요건이고 경계 밖이 제한 영역이다. 예를 들면 자유권에서 개인의 자율 영역의 확정이 곧 구성요건과 제한을 동시에 규정 한다는 것이고, 확정에 대한 불문명함이 곧 권리의 충돌로 표현된다.

가. 문제 제기

‘의사 면허’라고 하고 ‘전문의 자격’이라고 한다. 여기에서 ‘면허’와 ‘자격’의 차이는 무엇이고 자격기본법에서 말하는 자격과는 어떤 관계인지, ‘면허’와 ‘자격’의 용어 구분의 실익은 없는 것인지, 그리고 보전에 관한 권리에서는 어떻게 기능하고 있는지를 판례에서 찾아보고자 한다.

우선 자격기본법⁴⁰⁵⁾은 면허에 대한 언급 없이 ‘자격’⁴⁰⁶⁾이란 용어로 통일하여 사용 하고 있으면서 단지 ‘국가 자격’과 ‘민간 자격’의 영역 구분이 있을 뿐인데, 그 것도 동어반복의 구분을 하고 있을 뿐이다. 그리고 ‘자격’의 정의 내용에서 ‘직무수행’⁴⁰⁷⁾에 필요한 것으로 설명하고 있어 모든 ‘자격’은 마치 직업면허 인 것처럼 인식가능하게 하여 직업 활동을 위한 자격으로 소통되는 경향⁴⁰⁸⁾이 있다.

405) 資格基本法(제정 1997.3.27 법률 제5314호) 新規制定 이유를 “産業社會의 발전에 따른 多様な 資格需要에 副應하여 資格制度를 國家資格과 民間資格으로 구분하고 資格制度의 管理主體를 多元化하는 등 資格制度에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 資格制度의 관리·운영을 體系化·效率化하고 資格制度의 公信力을 높여 國民의 職業能力開發을 촉진하고 社會經濟的 地位向上을 도모하려는 것임”이라 하고 목적에서 “이 법은 자격에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 자격제도의 관리·운영을 체계화하고 평생직업능력 개발을 촉진하여 국민의 사회경제적 지위를 높이고 능력중심사회의 구현에 이바지함을 목적으로 한다”라고 하고 있다.

406) 資格基本法(제정 1997.3.27 법률 제5314호) 제11조, 제17조.

407) 資格基本法(제정 1997.3.27 법률 제5314호) 제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ‘자격’이란 직무수행에 필요한 지식·기술·소양 등의 습득정도가 일정한 기준과 절차에 따라 평가 또는 인정된 것을 말한다.

408) “여기서 용어 사용과 관련하여 관례상 자격인정제도가 폭넓게 사용되고 있는 반면에 면허제도는 주로 보건의약 분야에서 전문대학이상의 교육을 필수 요건으로 요구하고 있는 자격 분야에서 사용되고 있음을 전제한다. 그러나 면허제도 내지 자격인정제도라는 개념은 법적 성질이나 내용에 있어서 차이가 없기 때문에 이 논문에서는 필요에 따라 혼용하여 사용할 것이다”(이승우, 「각종 면허제도의 현실과 문제점」, 『공법연구』, 제28집 제4호 제2권, 2000, p.247 주 참조)라고 하여 직업 영역의 구분으로 보고 있다.

“면허제도는 헌법상 보장된 직업의 자유를 제한하는 방법의 하나이다. 그 중에서도 면허제도는 직업선택의 자유를 제한하는 형식이며, 보다 자세히 말하면 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유를 제한하는 것이다.”(이승우, 『직업선택의 자유와 면허제도』, 세창출판사, 2002, p.111)”

“보건의료 직업 면허란 사회질서유지 및 공공의 이익을 위하여 보건의료분야의

그러나 이는 ‘신분행위’와 ‘직업행위’의 혼돈에서 오는 것으로, ‘신분행위’와 ‘직업행위’는 서로 차원을 달리하는 것⁴⁰⁹⁾으로 그 법적 규제도 달리⁴¹⁰⁾되어야 한다. 즉 의료행위와 의료행위를 전제로 하는 직업행위, 그리고 그 직업을 선택하는 행위는 구별되어야 한다. 의료행위는 직업인의 직업 목적을 위한 행위가 아니라 환자의 건강을 위한 환자의 행위로서 환자를 대표하는 행위가 되기 때문에 여기에는 그러한 신분의 변화를 갖는 신분행위가 함축되는 것으로 보아야 한다. 즉 의료면허는 이러한 대표 기능이 부여되는 면허이다.

따라서 의료업은 환자의 건강을 위한 업무이고 의료면허를 반드시 포함하는 조건들이 충족된 연후에 선택이 가능한 것으로서 ‘직업자격’이 아니다.

의료면허에 대한 법적 정당성 문제 제기는 바로 이러한 구분이 없거나 또는 구분의 오해에서 비롯된다.

나. 관련 判例 分析

의료법 제25조⁴¹¹⁾ 제1항 등 위헌제청(1996.10.31. 선고 94헌가7)⁴¹²⁾에서

직업 활동을 원칙적으로 금지하고 일정한 자격요건을 갖춘 자에게 보건의료 업무에 종사를 허용하는 제도로서 보건의료 업무를 ‘직업’ 즉, 생존기반의 창출 및 유지 위한 생활 수단적 활동으로 수행하도록 허용하는 것을 말한다.”(金已敬, 앞의 논문, p.34) 라고 하여 역시 직업의 영역으로 설명하고 있다.

409) 행위로 설명 되는 사건 A가 있다고 할 때 사건 A의 존재는 [x, P, t]로 표시 될 수 있고, 직업 행위로 설명 되는 B는 [x, Q, t]라고 할 때 Q={A1, A2, , Ai} 로 설명 될 수 있다. 즉 ‘행위’는 ‘직업행위’의 하층구조이다.

410) 즉 신분행위는 직업행위에 포섭되지만 직업행위는 신분행위에 포섭되지 않는다. 따라서 신분행위자체가 금지되었다면 신분행위를 전제로 할 수 있는 직업행위역시 당연히 금지 되지만 단지 직업행위가 금지 되었다면 직업으로서의 행위가 금지될 뿐 일반 신분행위는 금지되지 않는다. 즉 의료업은 금지되어도 의료행위가 금지되는 것은 아니라는 것이다. 이러한 이유로 의료업의 금지에서 의료행위의 금지로 개정이 이루어지게 된 것이다.

411) 의료법(일부개정 1995.12.29 법률 제5101호) 제25조 (무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 이사회부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.<개정 1975.12.31, 1986.5.10>

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사

부산지방법원은 의료법에서 규정하고 있는 ‘면허’ 자체를 부정하는 위헌제청결정을 하였다.

그 이유로 ① 의사가 모든 병을 다 고치고 있는 것은 아니고, 의사가 못 고치는 병은 당연히 의사 아닌 그 누구도 못 고치는 것도 아니며, 의사가 아닌 사람의 의료행위에 의하여 치유되는 경우와 병이 악화되는 경우 중 어느 쪽이 더 많은지는 경험적으로 검증할 수 없음에도 ‘면허’에 의한 과잉규제를 하고 있다는 것, ② 국민의 건강의 보호는 치료행위의 결과에 의한 처벌로 가능 함에도 단지 ‘면허’ 유무로 처벌하고 있다는 것 ③ 다양한 ‘면허’를 위한 입법 부작위가 있다는 것, 그래서 의료능력이 있는 사람의 의술까지 사장시키고 반사적으로 치유될 수 있는 생명들을 죽음으로 몰고 가는 ‘면허’제도는 과잉규제를 통하여 자유와 권리의 본질적 내용을 침해함으로써 인간의 존엄과 가치에 위배되고 있다는 것이다.

그래서 시술자와 환자 모두의 생명권, 건강권, 신체활동의 자유, 보건에 관하여 국가권력의 침해를 받지 아니할 권리 등의 본질적인 내용을 침해하여 ‘인간으로서의 존엄’을 훼손하고 있다고 주장하고 있다. 이에 대해 재판관 전원 일치로

또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자

3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사의 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.<개정 1986·5·10, 1987·11·28>

③누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위를 할 수 없다.<신설 1981·12·31> [제24조에서 이동, 종전 제25조는 제26조로 이동<1975·12·31>]

412) 의료법제25조제1항등위헌제청(헌법재판소 1996.10.31. 선고 94헌가7); 판결요지는 다음과 같다.

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 “人體 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 畏敬心”을 체계적으로 敎育받고 이점에 관한 國家의 檢證을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 科學的으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 不作用도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는回復할 수 없는 致命的인 危害를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 違反하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 刑事處罰을 받게 하는 이 법의 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

합헌을 선언 하고 있지만, 다음에서 검토되는 바와 같이 의료 면허의 전면 부정은 아니지만 ‘면허’에 대한 위헌 주장이 계속 제기되고 있는 이유는 모두 ‘면허된 의료’의 불신에서 비롯되고 있다는 것을 밝히고 있지 않고 있기 때문이다.

따라서 근본적으로 이러한 주장을 일소하기 위해서는 이러한 주장이 ‘주관적 우연’⁴¹³⁾과 ‘객관적 필연’⁴¹⁴⁾의 혼돈⁴¹⁵⁾에서 오는 구성요건의 이념적 착오라는 개념의 개입이 필요하다.

위의 주장에서 ‘면허’는 없지만 ‘치료 됨’은 있다는 것은 바로 ‘주관적 우연’에 의한 치료 성공이며, 비록 ‘면허’는 있지만 ‘치료 되지 않음’은 ‘객관적 필연’에 의한 치료 실패이다. 즉, ‘객관적 필연’의 치료실패는 반드시 ‘주관적 우연’의 치료실패를 전제할 수 있지만, ‘주관적 우연’의 치료성공은 ‘객관적 필연’의 치료성공을 기대 할 수 없다는 점에서 법제도는 ‘객관적 필연’을 그 내용으로 채택⁴¹⁶⁾하고 있는 것이다.

‘의료면허’란 바로 ‘객관적 필연’의 법적 보증이다. 따라서 이러한 주장은 ‘의료면허’제도 이전에 법제도를 부정하고 있는 것이다.

그러나 ‘다양한 면허를 위한 입법’ 요구는 타당하다고 판단되나 이는 입법재량의 문제이고, 이 사건에서 의료 면허를 부정하면서도 다양한 면허를 요구하는 것은 모순으로 면허를 부정하는 자신의 논지와도 어긋남을 볼 수 있다.

이렇게 볼 때 신념⁴¹⁷⁾의 판단 이전에 태도⁴¹⁸⁾의 문제가 개입되고 있는 것으로 보인다.

구의료법제25조제1항등위헌소원(2005.3.31. 선고 2001헌바87)⁴¹⁹⁾의 경우

413) 예를 들면 일정한 법칙이나 규칙에 의해 예견되지 않거나, 나타나지 않는 사건.

414) 예를 들면 일정한 법칙이나 규칙에 의해 예견되거나, 나타나는 사건.

415) 법제도는 “객관적 필연”을 전제하고 “객관적 필연”은 “진리”를 전제로 하는바 진리는, 대응을 전제로 한 정합성에 근거를 두지만, 그 이전에 합의의 결과를 진리로 전제하는 민주주의 원리를 망각하고 있는 것으로 본다.

416) 구스타프 라트부르흐, 최종고 역, 앞의 책, p.40.

417) 소통의 오해에 있어서 신념의 문제.

418) 소통의 오해에 있어서 태도, 즉 주관적 감정의 개입의 문제.

419) 구의료법제25조제1항등위헌소원(헌법재판소 전원재판부 2005.3.31. 선고, 2001헌

에는 위에서 언급된 ‘의료면허’의 입법 부작위 문제가 주 쟁점으로 보인다.

헌법소원의 내용 주장에서 사실 관계를 들어 국내법은 아니지만 ‘의료면허’의 자격을 지니고 있음에도 차별하여 인정하지 않는 것은 평등권, 직업선택의

바87); 결정의 요지는 다음과 같다.

가. 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분에 의하여 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위한 조치로서, 이러한 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하고 헌법적으로 정당화된다.

나. 국가는 국민의 건강을 보호하고 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다. 즉 보건의료는 단순한 상거래의 대상이 아니라 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 것으로, 의료기관을 개설하는 주체에 대한 규율이 가지는 사회적 기능이나 사회적 연관성은 매우 크다.

의료인이 아닌 일반 개인과 영리법인의 의료기관 개설을 허용할 경우, 의료기관의 명칭 아래 의료인 아닌 자에 의한 무면허의료행위가 성행할 우려가 있으며, 의료기관의 경영주체와 의료행위를 하는 의료인이 분리됨에 따라서 보건의료의 질이 저하되거나 지나친 영리위주의 과잉 의료행위 등 진료왜곡, 의료자원 수급 계획의 왜곡, 소규모 개인 소유 의료기관의 폐업, 투자자의 자본 회수 등에 따른 의료기관 운영의 왜곡 등이 발생할 우려가 있다.

우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 국민건강보험 제정 등 국민보건 전반에 미치는 영향, 보건의료서비스의 특성, 국민의 건강을 보호하고 적절한 의료급여를 보장할 사회국가적 의무 등에 비추어 보면, 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호 증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하기 위하여 이 사건 법률조항들에 의하여 의료인이 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 설립하는 자유를 제한하고 있는 입법자의 판단이 입법재량을 명백히 일탈하였다고 할 수 없다.

다. 재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견 [나. 항 관련]

건강하게 생활하고 높은 수준의 의료행위를 받을 권리는 국민의 인간다운 생활을 할 권리의 기본 전제이다. 의료인이 아닌 자가 의료인을 고용하는 방식으로 의료기관을 개설하는 행위를 막는 것이 의료의 질과 의료질서를 확립하기 위한 적절한 수단인지 의문이다. 의료기관의 개설자가 누구이든 의료행위를 하는 사람이 의료인이기만 하면 국민 보건에 문제될 것이 없다.

의료기관을 개설할 수 있는 주체를 의료인 등으로 한정할 결과 보건의료서비스 공급자의 경쟁을 약화시키고, 원하는 품질의 보건의료서비스를 제공하는 의료기관을 선택하는 의료소비자의 자기결정권을 현저히 제한받는 불이익을 초래한다. 이 사건 법률조항들은 과잉금지의 원칙에 위배하여, 의료기관 개설을 통하여 생활의 기본적 수요를 충족하고 계속적인 소득활동을 하고자 하는 의료인 아닌 자 또는 영리법인의 직업선택의 자유를 실질적·전면적으로 제한하고 의료소비자의 의료기관 선택권을 침해한다.

자유, 행복 추구권, 보건에 관한 권리의 침해라는 것이다. 이에 대하여 위에서와 같이 ‘의료면허’ 제도는 재판관 전원 일치로 합헌으로 선언하고, “의료인만이 의료기관을 운영 할 수 있다.”는 부분에 대해서는 일부 반대 의견을 보이고 있다.⁴²⁰⁾ 이는 자유나 필요의 문제가 아닌 행복의 형평에 관한 문제로 입법재량에 속하는 문제라 할 수 있으며, 그 형평의 평가는 좀 더 논의 될 필요가 있다.

이는 사회를 보는 입장이 개인주의적인 입장(주관적 권리의 주장이 강한 입장)과 단체주의적인 입장(객관적 질서로서의 권리 주장이 강한 입장)에 따라 다를 수 있기 때문이다. 말하자면 개인주의적 입장에서는 국민 개개인은 인간의 자유의지를 인정하고 그를 실현할 능력이 충분하다는 입장이기에, 의료업을 의료인이 운영 하든, 자본가가 운영하든 상관없이 국민의 보건에 대한 자율적 선택 능력으로 보건에 관한 권리가 보장 될 수 있다는 것이다.

단체주의적인 입장에서는 국민의 자유의지를 인정한다 하더라도 국민개개인은 단체가 갖는 능력의 도움 없이는 그 자유의지를 충분히 실현 할 수 없다는 입장이기 때문에 자본의 힘을 제한함으로써⁴²¹⁾⁴²²⁾ 국민의 보건에 관한 권리가 보장될 수 있다는 입장이다. 이렇게 볼 때 의료인만이 의료기관을 운영 할 수 있도록 한 것은 형평의 문제에서 객관적 질서로서의 권리를 중시하고, 필요와 자유의 보호를 위한 입법재량의 판단이라 볼 수 있다. 또한 이러한 문제 이전에

420) 사실 이러한 주장으로 앞에서 언급된 바와 같이 이미 비영리 법인 또는 국공립 의료기관은 의료인이 아니어도 의료업을 운영 할 수 있도록 하였으며, 나아가 영리의료법인 등을 추진하고 있다.

421) 프랑스 의료법, 의료인이 아니면 의료업에서 얻어지는 이익을 가질 수 없다.

422) 저 출산 추세가 이어지면서 전국 농·어촌지역의 산부인과 시스템이 사실상 붕괴됐다. 특단의 대책이 마련되지 않는다면 일본과 마찬가지로 앞으로 5년 안에 수도권과 일부 도시지역을 제외한 모든 곳에서 ‘출산전쟁’을 치러야 할 것으로 예상된다.

4일 서울신문이 건강보험심사평가원을 통해 입수한 2003년부터 2008년 10월 사이 ‘전국 산부인과 현황 자료’에 따르면 2007년 처음으로 폐업 신고를 한 산부인과 병·의원 수가 개업 산부인과 병·의원 수를 추월한 것으로 나타났다. 지난해에는 폐업 수와 개업 수의 격차가 더 벌어졌다. 이러한 현상은 자본의 지배에 의한 현상이다.(정현용, 「산부인과 몰락 농어촌서 도시로 확산」, 서울 신문, 2009. 01. 05),

<<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20090105001007>>

앞에서 언급된 보건의 특성, 즉 군사, 소방, 경찰과 같은 특성은 국가가 직접 수행해야 할 국가의 의무라고 볼 때, 이러한 업무에서 자본의 지배를 배제하고 있다는 점에서 의료인이 아니면 의료업을 운영 할 수 없다고 본다.

결론적으로 의료에 관한 ‘면허’는 직업을 위한 ‘직업면허’가 아니고 환자를 대표 하여 환자를 치료 할 수 있도록 하는 ‘신분면허’이며 이 면허가 전제되는 의료업은 국가 사무에 대한 민간 위탁의 형식으로 보아야 한다.

이와 같은 전제를 할 때, 여기서 침해되고 있다는 직업선택의 자유는 ‘면허’ 제도를 전제 한다면 면허 없는 사람이 그 직업을 가질 수 없는 것은 직업 선택의 자유의 침해가 아닌 자격조건의 미달이며 이는 미성년자에게 주류 판매를 금지⁴²³⁾하는 것과 같다.

즉 “누구든 면허를 가진 자는 그 면허를 필요로 하는 직업을 가질 수 있다. 또는 누구든 면허를 필요로 하는 직업에 그 면허 없이는 종사할 수 없다.”에서와 같이 일반 허가, 일반 금지에서 그 조건의 미비에 의한 불허나 금지는, 즉 일반 금지는 평등권 침해라 볼 수 없어 ‘면허’ 없이 ‘면허’를 필요로 하는 직업 선택의 금지는 일반 금지에 해당 되는 것으로, 일반 금지가 자유권의 침해라는 주장은 할 수 있으나, ‘면허’있는 자와 ‘면허’없는 자의 구별, 즉 불평등에 의한 직업 선택의 침해라 할 수 없다⁴²⁴⁾.

의료법 제25조제1항 위헌소원 등(2005. 9.29. 선고 2005헌바29)⁴²⁵⁾에서

423) 술을 마시고 안마시고 하는 선택의 자유가 성인에게는 주어지지만 미성년자에게는 주어지지 않고 있다.

424) 직업 선택의 자유, 거주 이전의 자유는 신체의 자유를 하층으로 하는 성층 구조이다.

425) 의료법제25조 제1항 위헌소원 등 사건(헌법재판소 2005. 9.29. 선고 2005헌바29).; 판결요지를 요약하면 다음과 같다.

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 경외심”을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 따라서 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이

청구인들의 주장은 ‘면허’ 법규가 ‘의료행위’에 대하여 명확한 규정을 두지 아니한 채 ‘면허’ 없는 자에 의한 일체의 ‘의료행위’ 및 ‘의료업’을 금지하고 있어 환자가 원하는 치료방법과 치료자를 선택할 수 없도록 하여 환자의 건강권·생명권·행복추구권을 침해하였고, 치료자의 자유권·인격권·행복추구권, 직업선택의 자유를 침해한 것이며, 과잉금지의 원칙과 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙을 위반하였다고 주장 하고 있다.

여기에서 침해되었다고 하는 권리는 직업선택의 자유의 침해로 인해 올 수 있는 모든 권리를 나열한 것처럼 보인다. 말하자면 ‘면허’제도가 치료를 할 수 있는 능력자의 의료업을 할 수 없도록 금하고 있어 그 의료를 받지 못한 환자가 사망할 수 있다는 주장이다. 결국 ‘면허’제도 만 없으면 모든 권리침해가 해소되는 문제이므로 앞의 주장과 다를 바 없다.

그러나 醫療法施行規則에 관한憲法訴願(1993.3.11. 89헌마79)⁴²⁶⁾의 경우

형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은 환자와 치료자의 기본권을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

위와 같은 법리에 비추어 의료법 제25조 제1항의 본문 전단부분과 이를 위반한 경우 처벌하는 내용의 의료법 제66조 제3호 보건특조법 제5조 중 각 의료법 제25조 제1항의 본문 전단부분은 헌법에 위반되지 아니한다. “의료의 적정과 국민 건강의 보호증진”이라는 의료법의 목적(의료법 제1조)과 의료법 제2조에 규정된 의료인 임무의 내용 및 “질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 의료행위라고 판시한 대법원 판결(대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결 참조) 그리고 의료행위 판단 기준에 관하여 “질병의 예방과 치료에 사용된 기기가 의료기기나 아니냐 하는 것은 문제되지 아니하며 의학적 전문지식이 없는 자가 이를 질병의 예방이나 치료에 사용함으로써 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생할 우려가 있느냐의 여부에 따라 결정하여야 한다.”고 판시한 대법원 판결(대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190 판결 참조) 등을 종합하면 의료행위는 좁은 의미에서 “상병(傷病)의 부위와 원인을 전문적 기법으로 진단하여 그에 가장 적절한 대처 방법을 선택하여 치료하는 것과 질병을 미연에 방지하는 것을 포함하는 것”에 그치지 않고 “질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위”를 의미한다고 볼 수 있으므로 보건특조법 제5조에 규정된 ‘의료행위’ 부분을 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지의 심을 가질 정도로 불명확한 개념으로 볼 수 없다. 그렇다면 보건특조법 제5조의 ‘의료행위’ 부분이 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성 원칙에 위반한 것으로 볼 수 없다.

426) 의료법시행규칙에 관한헌법소원 사건(헌법재판소 1993. 3.11. 선고 89헌마79); 판결

재판관 전원일치에 의한 각하를 결정하고 있지만 청구인의 주장은 원래 침구술의 기술은 침구사만이 할 수 있다는 것이며, 근거로 ① 국민의료법 시행당시에는 침구술의 기술은 침구사만이 할 수 있었고, 한의사는 이를 할 수 없었으며 ② 한의사의 국가시험과목에 침구학은 포함되어 있지 않았다는 것, ③ 그리고 국민의료법이 의료법으로 개정되어 침구사제도가 폐지되었지만 한의사에게 침구술 기술 면허를 법률로 부여하지 않고 있음에도 한의사는 침구면허를 인정하고 그 외는 금지하고 있는 것은 평등권 침해이며, 침구술은 의료 유사업자가 시행한 ‘의료유사행위’로 ‘의료행위’가 아니기 때문에 의료 ‘면허’에 의한 처벌은 신체의 자유의 침해라는 것이다. 이러한 주장에 대한 판단 요지는 현재의 질서를 지키기 위한 법률형식의 도식 설명과 같은 판단을 하고 있다⁴²⁷⁾.

요지는 다음과 같다.

보건사회부장관(保健社會部長官)의 한의사(韓醫師)의 침구술(鍼灸術) 기술행위에 대한 무단속(不團束)이 위헌(違憲)으로 판단되어 청구인의 이 부분 청구(請求)가 인용되어 한의사(韓醫師)가 침구술(鍼灸術)의 기술을 하지 못하게 된다고 하여도 이로 인하여 침구사(鍼灸師) 자격이 없는 청구인 자신의 법적(法的) 지위(地位)가 그 전에 비하여 개선되는 것이 아니므로 청구인으로서 위와 같은 한의사(韓醫師)에 대한 단속(團束)의 여부를 자신이 다룰 자기관련성(自己關聯性)이 없는 것이라 볼 것이다. 구(舊)의료법(醫療法) 부칙(附則) 제3항의 경과규정(經過規定)은 종래의 침구사(鍼灸師) 제도를 폐지하는 마당에 이미 자격 취득한 침구사(鍼灸師) 등 의료유사업자(醫療類似業者) 등 기득권(既得權)만은 그대로 보호해 준다는 경과규정(經過規定)이고, 합격여부가 미정인 침구사(鍼灸師) 시험 준비 중이던 사람의 이른바 기대이익(期待利益)은 고려하지 않는다는 뜻도 포함된 것으로 보이며, 그렇다면 청구인과 같은 입장에 처해 있는 사람에게 아무런 입법(立法)을 하지 않은 채 방치되어 있는 진정입법부작위(真正立法不作爲)의 경우라기보다는 입법(立法)은 하였으나 문언상 명백히 하지 않고 반대해석(反對解釋)으로 그 규정(規定)의 취의를 알 수 있는 것으로 한 경우에 해당할 것이므로, 이 시험 중 불완전입법(不完全立法)에 대하여 재판상 다룰 경우에는 그 입법규정(立法規定) 즉, 이 사건의 경우는 위 부칙(附則) 제3항 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반(憲法違反)이라는 적극적(積極的)인 헌법소원(憲法訴願)을 제기하여야 할 것이고, 이때에는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항 소정의 청구기간(請求期間)의 적용을 받는다. 아무런 입법(立法)을 하지 않은 채 방치되어 있는 진정입법부작위(真正立法不作爲)가 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되려면 헌법(憲法)에 既得기본권보장(基本權保障)을 위하여 명시적(明示的)인 입법위임(立法委任)을 하였음에도 입법자(立法者)가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상(憲法解釋上) 특정인에게 구체적인 기본권(基本權)이 생겨 이를 보장하기 위한 국가(國家)의 행위 의무(行爲義務) 내지 보호의무(保護義務)가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자(立法者)가 아무런 입법조치(立法措置)를 취하고 있지 않은 경우라야 한다.

중요한 것은 청구인들의 주장이 형식면에서 충분한 격식을 갖추지 못했지만 청구인의 주장, 특히 행복 추구의 침해가 인정된다. 즉 국가가 의료인의 자격을 부여함에 있어서 형평성을 잃었다는 것이 인정된다.

이러한 문제는 대한민국의 의료의 역사가 전통의 맥을 이어 계승되지 못하고⁴²⁸⁾ 현대의료로 갑작스레 전환되면서 오는 문제를 법제도에서 더욱 심화시킨 것이 문제이고, 장차 해결되어야 할 법적 과제이다. 이러한 문제들은 장차 다양한 ‘면허’제도를 도입 하면서 그 다양한 ‘면허’가 직역의 이익 보장과 함께 국민 보건을 위해 필요 하다면 그러한 입법부작위를 인정해야 한다.

다. 의료 면허에 관한 판례 종합

‘면허’에 대한 위헌제기는 크게 두 가지 이유에서 비롯된다. 그 첫째는 국민의 태도의 문제이고 둘째는 국가의 태도문제이다.

먼저 국가는 서로 소통되지 않는 두 ‘의료 ’영역’을 법적 소통관계가 가능한 질서관계를 형성시키지 않은 채 각자의 의료에 관한 ‘면허’를 인정하였고, 또 사회 전반에 과학적 소통의 도구로서 수용되지 않고 있는 영역을 그에 알맞은 부가적 방법의 도입 없이 과학적 소통도구로서 수용되고 있는 방법과 동일한 규정을 하여 일반국민의 보건에 관한 소통을 방해⁴²⁹⁾ 하고 있다.

결론적으로 앞의 위헌제기는 비록 그 핵심을 벗어난 문제 제기가 되었지만, 의료법이 규정하고 있는 의료체계는 법적 소통이 가능한 하나의 의료 영역을 체

427) 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판 대상을 확정하여 판단하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232 참조)고 하는 헌법재판 원리에 어긋난 판례이다.

428) 의학과 한의학은 현재 완전 독립된 학문으로서 서로 소통하지 못하고 있다. 의학은 현대 대한민국의 기초과학을 바탕으로 하고 있으나 한의학은 현재 한국 사회에서 과학으로 인용 받지 못하는 학문에 기초를 두고 있다. 따라서 침구사의 입장에서 한의사와 달리 대우 받을 합리적 근거가 없다.

429) 한방치료 중인 환자가 의사를 방문 하였을 때 자신의 치료와 한방치료와 병행이 가능한지 판단이 불가능한 상태에서 진료를 하고 있다. 그 역도 마찬가지이다.

계화시키지 못함으로써 의료에 관한 ‘면허’제도 전반이 국민의 보건에 관한 권리를 보호하지 못하여 개정의 필요가 있다.

2. 보건을 직업으로 하는 직업 이익과 관련된 법률사건

가. 문제 제기

직업의 자유는 보통 자유권이라 하고, 보건에 관한 권리는 보통 자유권과 사회권이라 하고 있지만, 여기 논지에서는 사회권으로 주장 하고 있다. 이렇게 볼 때 기본권 충돌의 경우 단순히 자유권과 사회권의 충돌에서 보면 비례원칙에 따라 자유권을 우선 한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 좀 더 분석하여 보면, 즉 앞에서 전제한 진화론과 성층구조의 실재론에서 직업 선택의 자유는 생명(신체와 정신을 갖는) 자체에서 확장된 생명의 확장영역이며 이것의 침해는 생명의 확장 된 영역의 축소를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 보건에 관한 권리는 생명 자체의 ‘필요’ 영역이며 이것의 침해는 생명 자체의 ‘필요’의 소실을 의미 한다고 볼 수 있을 것이다. 말하자면 법의 보호가치의 비교는 본래의 영역과 확장 또는 연장 영역의 구분이 필요하고, 어떤 연장 또는 확장영역의 가치라도 그 어느 본래 영역의 가치보다 우선 할 수 없는 것이다.

그리고 또한 직업행위에 포함된 의료행위가 직업인의 자유영역이 아닌 환자의 자유 영역이라는 점이 강조되어야 한다. 말하자면 보건에 관한 ‘면허’는 국가의 보건에 관한 ‘필요’의 생산이며 공공재로서 이를 업으로 하는 보건에 관한 직업은 국가로부터 위탁받은 공공재의 활용인 용역활동이라 할 수 있고, 그 용역활동은 직업으로서의 이익 이전에 보건을 필요로 하는 자의 자유 영역이라는 것이다.

이렇게 볼 때 보건에 관한 직업, 특히 보건 중에서도 ‘면허’를 필요로 하는 직업은 그 자격 조건에서 개별 금지 내지는 특정 금지가 아닌 국가에 의해 일반 금지가 허용되며, 업무처리방법⁴³⁰⁾과 과정⁴³¹⁾에 대한 규정이 가능하고, 어떠한

경우에도 의료 장비나 시설에 대한 압류를 해서는 안 된다는 ‘압류 금지’⁴³²⁾가 가능하다. 또한 자유 시장 경쟁에 허용되는 광고가 근본적으로 인정되지 않는다.

따라서 보건을 직업으로 하여 얻는 이익은 국가사무 처리에서 얻을 수 있는 용역가치에 대한 보상이다.

나. 관련 判例 分析

의료법 제5조 등 위헌 확인(2003. 4.24. 선고 2002헌마611)⁴³³⁾ 사건은 의료

430) 의료법에 의한 진료거부, 공개의무, 1인당 진료인수 제한.

431) 의료보호법, 국민건강보험법에 의한 수진 절차 규정.

432) 압류 금지

433) 합헌 판단 요지는,

가. 직업선택의 자유 침해 여부

국내 의료 인력의 수급조절이란 의도가 이 사건 법률조항의 입법목적에 일부 배경을 이루고 있다 하더라도 예비시험 조항이 보건권 보호의 입법 목적을 지니고 있는 한, 외국 의과대학을 졸업한 응시자에 대해 우리나라 의료계에서 활동할 수 있는 정도의 능력과 자질이 있음을 먼저 검증한 후 의사면허 국가시험에 응시하도록 함으로써 국민의 건강과 보건이라는 공공복리에 관한 중요한 사항을 위한 것이므로, 예비시험 제도를 통하여 달성하려는 입법목적은 그 정당성을 인정할 수 있다. 또한 예비시험 조항은 수단의 적정성을 갖춘 것이라 볼 것이며 예비시험 제도를 통한 자격검증보다도 덜 제약적이면서도 입법 목적을 달성할 수 있는 다른 입법수단도 상정하기 어렵다. 그리고 현재로서는 장차 시행될 예비시험이 청구인들이 받게 되는 부담은 동 시험으로 인하여 얻게 되는 공익에 비하여 과중한 것이라고 단정할 수 없다. 그러므로 예비시험 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하는 것은 아니라고 할 것이다.

나. 평등권 침해 여부

3년간의 준비기간은 예비시험에 대비할 수 있는 최소한의 기간이 보장된 것이라고 볼 것이다. 그 이상의 경과규정은 입법 정책적 효과를 장기간 유예하는 문제점이 있다. 그렇다면 결국 경과규정으로 인한 차별의 정도 및 입법목적 등을 고려할 때 경과규정은 청구인들의 평등권을 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

다. 행복 추구권 및 나머지 부분에 대한 판단

청구인들은 예비시험 조항이 "아시아·태평양지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위 인정에 관한 지역협약"에 위반하여, 다른 당사국에서 취득한 학력을 제대로 인정하지 않고 국내 면허취득에 추가적 제한을 가하고 있다고 주장한다. 이 조약은 우리나라도 가입하고 있으나(조약 제99호. 발효일 1989. 9. 29.), 그 법적 지위가 헌법적인 것은 아니며 법률적 효력을 갖는 것이라 할 것이므로 예비시험 조항의 유효성에 대한 심사척도가 될 수는 없고, 한편 동 조약은 국내법으로 "관련

인 면허를 취득하기 위한 절차상의 문제를 제기하고 있다.

취득 절차의 하자로 자유권, 평등권, 행복 추구권이 모두 침해되었고 또한 신뢰보호의 원칙에 어긋난다는 주장에 다수 의견은 합헌과 신뢰보호 원칙에 합당함을 선언하고는 있으나 소수 반대의견은 신뢰보호 원칙에 위배되고 평등권을 침해하고 있다고 판단하였다.

여기에서 문제의 핵심을 보면, 문제 조항이 직업을 선택할 수 있는 절차 조건에 차별을 두어 그로 인해 면허를 취득할 기회를 갖지 못해 결국 원하는 직업을 선택할 수 없어 직업 선택의 자유와 평등을 침해당했다는 주장과 함께 명시할 수 있는 근거 없이 행복 추구권이 침해되었다고 주장하고 있다.

그러나 이러한 여러 권리의 주장은 권리의 성층구조에서 갖는 함축성과 대표성의 문제를 전혀 고려하지 않은 즉, 하나의 침해로 여러 기본권을 을 주장하는 것으로 기본권의 경합 문제와 충돌의 문제를 지나치게 확대한 주관적 주장일 뿐이다.

따라서 여기 논지에 근거할 때 이 사건에서는 오히려 판단에서 제외된 행복 추구권의 침해를 논할 수 있다고 본다. 즉 면허의 영역은 환자의 필요 영역을 보장하기 위한 영역이지 면허 취득자의 직업의 자유를 보장하기 위한 것이 아니기 때문에 자유권 침해의 주장은 할 수 없고, 다만 지위설정에 대한 차별로 형평의 위반에 의한 행복 추구권이 침해되었다는 주장은 가능하다고 본다.

이렇게 볼 때 합헌을 선언한 이유도, 위헌을 제기한 주장도, 소관 부서의 의견 모두 근본 문제를 벗어나 있다.

의료법 제2조⁴³⁴⁾ 등 위헌확인(2007.12.27. 선고 2004헌마1021)⁴³⁵⁾의 사

전문직 종사의 조건"을 규정할 수 있는 여지를 주고 있다(제1조 제1항 나호 참조). 나아가 청구인들은 예비시험 조항이 학문의 자유 내지 행복추구권도 침해한다고 주장하나, 예비시험 조항은 일정한 학위를 취득한 자를 상대로 특정 자격요건을 설정한 것이므로 학문의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 없고, 한편 행복추구권 자체는 통상의 경우 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등), 직업의 자유 침해 여부를 판단하는 이상 이에 대하여 별도로 판단할 필요는 없다.

434) 의료법(법률 제8366호 전면개정 2007. 04. 11.) 제2조 (의료인)

①이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·

조산사 및 간호사를 말한다.

- ②의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.
1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
 2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.
 3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.
 4. 조산사는 조산(助産)과 임부(妊婦)·해산부(解産婦)·산욕부(産褥婦) 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 한다.
 5. 간호사는 상병자(傷病者)나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대동령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

435) 판결요지는,

가. 이 사건 법률조항은 의료인에게 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있도록 함으로써 의사 및 한의사의 복수면허 의료인이라고 하더라도, 양방 또는 한방 중 그 선택에 따라 어느 ‘하나의’ 의료기관 이외에 다른 의료기관의 개설을 금지한다. 이는 의료기관 개설에 있어서 집행행위 이전에 미리 의료인의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있을 뿐만 아니라, ‘하나를 초과하는’ 의료기관을 개설하고자 할 경우 행정청에게 그 개설신고나 허가신청을 반려하거나 거부하도록 하여 행정청의 집행행위를 형식적인 것에 그치게 한다. 따라서 이 사건 법률조항은 집행행위가 예정되어 있음에도 예외적으로 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.

나. 의료인 면허를 취득한 것은 그 면허에 따른 직업선택의 자유를 회복한 것이고, 이렇게 회복된 자유에 대하여 전문분야의 성격과 정책적 판단에 따라 면허를 실현할 수 있는 방법이나 내용을 정할 수는 있지만 이를 다시 전면적으로 금지하는 것은 입법형성의 범위 내라고 보기 어렵다. 환자가 양방과 한방 의료기관에서 순차적, 교차적으로 의료서비스를 받는 경우가 금지되지 않는 현실에서 복수면허 의료인은 양방 및 한방 의료행위 양쪽에 대하여 상대적으로 지식이 많거나 능력이 뛰어나고, 그가 행하는 양방 및 한방 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여 더 유용한 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다. 양방 및 한방 의료행위가 중첩될 경우 인체에 미치는 영향에 대한 과학적 검증이 없다는 점을 고려한다 하여도 위험영역을 한정하여 규제를 하면 족한 것이 지 진단 등과 같이 위험이 없는 영역까지 전면적으로 금지하는 것은 지나치다.

다. 복수면허 의료인이든, 단수면허 의료인이든 ‘하나의’ 의료기관만을 개설할 수 있다는 점에서는 ‘같은’ 대우를 받는다. 그런데 복수면허 의료인은 ○○대학과 ○○대학을 각각 졸업하고, 의사와 한의사 자격 국가고시에 모두 합격하였다. 따라서 단수면허 의료인에 비하여 양방 및 한방의 의료행위에 대하여 상대적으로 지식 및 능력이 뛰어나거나, 그가 행하는 양방 및 한방의 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여도 상대적으로 더 유용한 지식과 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다.

복수면허 의료인들에게 단수면허 의료인과 같이 하나의 의료기관만을 개설할 수 있다고 한 이 사건 법률조항은 ‘다른 것을 같게’ 대우하는 것으로 합리적인 이유를 찾기 어렵다.

라. 이 사건 심판대상 법률조항은 복수면허 의료인인 청구인들의 직업의 자유, 평등권을 침해한다. 다만, 이 조항이 단수면허의 의료인에게도 적용되고, 위헌으로 선언되어 효력을 잃으면 의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는 장소적 제한마

저 풀리게 되어 법적 공백이 발생할 것이 명백하다. 또한 복수면허 의료인이 의사 및 한의사로서 각 직업을 모두 수행할 수 있도록 함에 있어서 어느 범위에서 어떠한 방식에 의할 것인지는 궁극적으로 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 형성해야 할 사항에 속한다. 따라서 이 조항에 대하여 2008. 12. 31.을 시한으로 계속 적용을 명하는 헌법불합치를 선언한다.

마. 재판관 이동흡의 각하의견

어느 법률조항에 대하여 다의적인 해석이 가능한 경우 사법기능을 담당하는 기관 으로서는 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 합헌적 법률해석을 하여야 한다. 복수면허 의료인은 의사이기도 하고 한의사이기도 하다는 점과 의료인에 의하여 직접 의료행위를 수행할 수 있는 장소적 제한을 설정하고자 한 입법의 취지를 고려하여 보면, 이 사건 법률 조항은 복수면허 의료인에 관해서는 ‘의사로서 하나의 의료기관, 한의사로서 하나의 의료기관을 개설할 수 있되, (의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는) 하나의 장소에서 개설하여야 한다.’라고 해석하여야 한다.

이 사건에서, 의료인의 의료기관개설에는 행정청에 개설신고나 허가신청을 하여야 하므로(의료법 제33조 제3항·제4항), 이 사건 법률조항의 기본권제한에는 행정청의 개설신고반려나 개설허가거부와 같은 집행행위가 예정되어 있다. 이 집행행위에 대해서는 그 취소를 구하는 항고소송이 가능하고, 항고소송에서 법원이 복수면허 의료인에 대해서 앞에서 본 바와 같이 합헌적 법률해석을 할 수 있고, 이 경우에는 집행행위는 취소되어 복수면허 의료인들의 직업의 자유 등 기본권 침해 상태는 제거된다. 결국, 이 사건 법률조항은 기본권제한의 집행행위가 예정되어 있고, 다수의견과 달리 합헌적 법률해석이 가능하여 그 내용이 일의적이고 명백하다고 할 수 없으며, 집행행위를 대상으로 한 일반쟁송의 방법에 의한 구제절차와 권리구제의 기대가능성이 존재하므로, 직접 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있는 경우에 해당하지 않는다.

바. 재판관 조대현의 한정위헌의견

의료법 제33조 제2항 단서는 “의료인은 하나의 의료기관을 개설할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이는 의료인이 직접 의료행위를 시행하게 하고 의료인이 아닌 자가 의료기관을 관리하는 것을 막기 위하여 의료기관의 개설을 1개의 장소로 제한한 것이라고 봄이 상당하다. 이 조항은 전문적인 면허를 취득한 의료인이 직접 의료행위를 시행하도록 하려는데, 이서, 그 입법목적과 수단이 타당하고, 전문적인 면허제도의 실효성을 확보하기 위하여 의료기관을 여러 장소에 개설하지 못하게 하는 것이 법익비례의 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다. 이 사건 법률조항은 위헌이라고 볼 수 없다. 그런데, 보건복지부는 이 사건 법률조항 중 “하나의 의료기관”은 한 종류의 의료기관을 의미한다고 해석하고 있다. 이러한 해석은 의사면허와 한의사 면허를 모두 취득하여 의료행위와 한방 의료행위가 모두 허용된 복수 면허자의 직업의 자유를 제한하는 것인데, 그러한 자유 제한을 정당화하는 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 보건복지부의 위와 같은 해석이 복수의 의료인 면허에 의하여 허용된 직업의 자유를 정당 사유도 없이 제한하는 것으로서 헌법 제15조와 제37조 제2항에 위반된다고 볼 수 있다. 결국 이 사건 법률조항이 합헌적으로 해석될 수 있는 이상 이 사건 법률조항 자체에 위헌성이 있다고는 할 수 없다. 단지 이 사건 법률조항에 대한 복보건복지부의 해석 내용이 헌법에 위반될 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되거나 합치되지 아니한다고 선언할 수는 없고, 이 사건 법률 조항 중 “하나의 의료기관”을 “한 종류의 의료기

건은 한의사와 의사 면허 모두를 가진 의료인이 그 의료업을 함에 있어 ‘한의사의 의료’와 ‘의사의 의료’를 하겠다는 의사 표시 및 의료업 등록 과정에서 행정 작용에 의해 거부된 사례이다.

이 사건에서 이해관계인으로서 대한의사협회장의 의견은 “동일한 환자에게 한약과 양약이, 그리고 한방 의료와 양방 의료의 동시 투여 또는 시술되었을 경우 인체 내의 반응에 대한 연구결과가 전무하다는 사실” 등을 들어 한의사의 의료와 의사의 의료의 상호 도움이 될 수 없다고 주장하고 있다.

즉 위헌 소원에서 환자에게 한사람이 면허 받은 한방과 면허 받은 양방을 시술할 경우 환자에게 이익이 될 수 있다는 것에 대한 반박이며, 주장의 근거가 될 수 없다는 설명이다.

그리고 소관부서로서 보건복지부장관의 의견은 “양방과 한방을 결합한 동서 결합의학이라는 형태의 의학 분야는 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위를 다루는 것으로서 상황에 따라 국민보건에 위해를 발생시킬 수 있는 가능성을 배제할 수 없어 인간에게 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가져올 수 있고, 국가로서는 국민의 보건에 대한 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 부담하고 있고, 의료행위는 사람의 생명과 건강을 다루는 것이므로 다른 자격증의 복수소지자와 비교하는 것은 타당하지 않다”고 하여 그 주장을 반박하고 있다. 이는 도움이 되지 않는다는 의료인의 주장보다 더 강한 부정으로 면허 받은 한방과 면허 받은 양방이라 해도 두 시술의 병합 시술은 환자에게 치명적인 위협이 될 수 있으므로 절대 불가 하다는 의견이다.

위헌을 확인한 판단에서는 환자가 양방과 한방 의료기관에서 순차적, 교차적으로 의료서비스를 받는 경우가 금지되지 않는 현실에서 복수면허 의료인의 복수 의료 행위를 전면적으로 금지하는 것은 지나치다고 하면서 헌법 불합치를 선언하고 있다. 그리고 소수 의견인 각하 의견에서는 이 사건 법률조항이 복수면허 의료인에 관해서는 “의사로서 하나의 의료기관, 한의사로서 하나의 의료기관

관”으로 해석하는 것이 헌법에 위반된다고 선언 하여야 한다.

을 개설할 수 있되, (의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는)하나의 장소에서 개설하여야 한다.”라고 해석하여야 한다고 하고 있다.

그러나 이 조항의 근본 목적은 의료업은 비영리를 목적으로 하는 직업으로 그 업무의 전반적인 관리를 직업이익 보다 환자이익을 우선하는 의료중심의 관리를 위해서는 그 의료업을 하는 의료인이 그 의료인의 의료범위 안에서 직접 관리해야 한다는 것으로 ‘의료’ 면허제도와 같이 국민의 보건에 관한 권리를 보호하기 위한 ‘직업규제’⁴³⁶⁾이다. 즉, 이 조항은 의사의 ‘의료’행위와 한의사의 ‘의료’행위를 제한하는 것이 아니고 그 업무의 방법을 규제하는 것으로 보아야 하는 해석상의 문제이다.

예를 들어 의사 1인당 1일에 볼 수 있는 외래환자 수, 또는 입원 환자 수, 또는 병상 수, 그리고 의사가 아니면 의료기관을 개설 할 수 없다는 것이 그와 같은 목적이다. 따라서 이러한 문제의 근본은 국가가 지적하고 있는 바와 같이 의사와 한의사 제도가 소통할 수 없도록 만들어진 제도에 있으며, 이제도가 국가가 지적한 것처럼 국민에게 회복 할 수 없는 치명적인 위해가 예상되는 제도⁴³⁷⁾라면 이는 국가의 입법 부작위에 의한 국민의 보건에 관한 권리 침해로 보아야 한다.

이는 급부 국가에서 발생할 수 있는 ‘필요’에 대한 규정을 ‘자유’에 대한 규정으로의 착오에서 오는 필연적 결과이다.⁴³⁸⁾⁴³⁹⁾

436) 즉 면허는 의료 행위를 제한 하지만, 직업 등록은 그 의료업을 제한한다.

437) 국민은 한의사의 치료와 의사의 치료를 임의로 선택하고 있으며, 이미 양쪽 모두를 이용하고 있는 국민이 많다.

438) 오늘날에는 사회영역에서의 집단의 준공권력이나 입법부의 부작위 쪽이 “침해를 미치는(ingreifend)” 국가권력보다도 더 위험한 것이다(페터 헤벌레, 김효진 역, 앞의 논문, p.261).

439) 어떤 상황에 놓인 인간(homme situe)의 현실적 자유(Burdeau)는 급부국가에 의해서 조건 지워지며, 또한 사회 영역과 그 프로세스 영향을 미치도록 규정되고 있는 국가의 조직, 절차 그리고 기능에 대한 문제가 된다. 거기에서 다음과 같은 집단에 대해서 생각하지 않으면 안 된다. 그 집단이란 기본권상의 자유를 단체에서 “향유”하는 것이며, 그 결과 실제상의 개인의 기본권의 불충분함이 생겨 나온다. -(필자, 의사 단체, 약사 단체, 한의 단체 향유는 국민의 보건권 침해) 거기에서는 제3자 효력의 문제가 새로운 차원에서 발생한다. “집단의 기본권”은 개인의 기본권을 배제하는 것이다. - 단체의 권력은 기본권을 필요로 하지만, 그것은 단지 권력자를 위한 자유만이 아니라 약자를 위한 자유이기도 하며, 오히려 바로

의료법 제46조⁴⁴⁰⁾ 제4항 등 위헌제청(헌법재판소 2007. 7.26. 선고 2006헌가4)⁴⁴¹⁾에서 제청법원의 요지는 ‘의료광고’ 규제 조항이 범죄의 구성요건을 포괄적으로 위임하고 있어 죄형법정주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되고, 입법

그것을 위한 자유인 것이다(위의 논문, p.261).

440) 의료법(법률 제6759호 일부개정 2002.12.05) 제46조 (과대광고 등의 금지)

- ①의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고를 하지 못한다. [개정 2002.3.30.] [[시행일 2003.4.1.]]
- ②의료법인·의료기관 또는 의료인이 아닌 자는 의료에 관한 광고를 하지 못한다.
- ③누구든지 특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법·조산방법이나 약효 등에 관하여 대중광고·암시적기재·사진·유인물·방송·도안 등에 의하여 광고를 하지 못한다. [개정 2002.3.30.] [[시행일 2003.4.1.]]
- ④의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. [개정 97.12.13 법5454]

441) 판결요지는,

가. 제46조 제4항은 아무런 금지사항, 요구사항 또는 명령사항을 규정하고 있지 않다. 또 법 제46조 제4항과 제1항 내지 제3항의 관계가 모호하다. 만일 제46조 제4항이 같은 조 제1항 내지 제3항과 독립되어 제69조의 구성요건을 이루는 것이라면 제4항은 아무런 금지규정의 형식을 취하고 있지 아니하므로 무엇을 위반하여야 처벌되는지 알 수가 없다. 만약에 제46조 제4항이 같은 조 제1항 내지 제3항과 독립되어 제69조의 구성요건을 이루는 것이라면 제4항은 아무런 금지규정의 형식을 취하고 있지 아니하므로 무엇을 위반하여야 처벌되는지 알 수가 없다. 반면 제4항이 제1항 내지 제3항이 금지하고 있는 의료광고의 예외로서 의료광고가 허용되는 범위를 정하는 규정으로 본다면, 제4항만으로는 법 제69조의 구성요건을 이룰 수 없게 된다. 한편 제4항만으로는 그 범위가 ‘한정적’인 것인지 ‘예시적’인 것인지 알 수가 없다. 결국 이 사건 법률조항은 금지된 행위가 무엇인지, 처벌의 범위가 어떠한지가 불분명하여 예측가능성을 주지 못하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다. 법 제46조 제4항은 위임되는 내용이 허용되는 의료광고의 범위인지, 금지되는 의료광고의 범위인지 모호할 뿐 아니라, 하위법령에 규정될 의료광고의 범위에 관한 내용이 한정적인지, 예시적인 것인지도 불분명하다. 위 조항이 위임하고 있는 내용이 광고의 내용에 관한 것인지, 절차에 관한 것인지 그 위임의 범위를 특정하기도 쉽지 않다. 이는 형사처벌의 대상이 되는 구성요건을 구체적으로 위임하지 않고, 하위법령에서 어떤 행위가 금지될 것인지에 예측할 수 없게 하므로 헌법 제75조 및 제95조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다.

나. 재판관 김희옥의 반대의견 입법연혁을 보면 의료법상 의료광고는 전면 금지에서 부분 허용으로 발전되어 왔다. 그러한 입법연혁과 처벌조항의 존재를 볼 때 법 제46조 제4항은 제1항 내지 제3항에서 금지되는 광고의 유형이 아닌 것 중에서 허용되는 광고의 범위를 한정적으로 규정하려는 것이 입법의도 상 드러난다. 이러한 점은 실무상 명백한 것이었고 수범자인 의료인들에게도 충분히 예측된 것이었다. 이는 법해석·집행기관의 법보충적인 해석을 통하여 법률의 내용이 구체화된 경우라고 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 명확성원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 달리 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼만한 사정도 없다.

목적과 수단 간의 비례성을 갖추지 못하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해하고 있다는 것인데, 여기에 대한 국가의 반론은 법규의 반복에 지나지 않는다.

여기에서의 주요 쟁점은 ‘의료행위’와 ‘의료업’에 대한 광고의 문제이다. 따라서 ‘광고’라는 것이 “영업 이익을 위하여 불특정 다수에게 하나의 사실에 대해 특정 이익 주체의 기술과 업무처리를 자신과 다른 이익 주체의 기술과 업무처리를 더 잘 할 수 있다는 인식을 심어주어 이익을 더 많이 남기는데 있는 것”으로 볼 때 의료행위와 의료업은 직업이익을 위한 영업이 아니며, 그 공급이 국가에 의해 이루어진다는 점에서 원칙적으로 광고는 ‘포괄금지’⁴⁴²⁾가 타당하다.

그런데 판단의 논지나 반박의 논지는 앞의 판례에서와 마찬가지로 국민의 보건에 관한 권리를 망각하고 단체의 자유를 우선한, 대상에 대한 “필요”와 “자유”의 착오에 근거한 판단을 하고 있다.

약사법 제21조⁴⁴³⁾ 제8항 등 위헌확인(2003.10.30. 선고 2000헌마56

442) 즉 “...외에는 할 수 있다.”가 아니라 “...외에는 할 수 없다.”가 되어야 한다.

443) 약사법(일부개정 2000.1.12 법률 제6153호) 제21조 (의약품의 조제)

- ①약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사 및 한약사는 각각 면허의 범위 안에서 의약품을 조제하여야 한다. 다만, 약학을 전공하는 대학의 학생은 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의약품을 조제할 수 있다.<개정 1991.12.31, 1994.1.7, 1997.12.13>
- ②약사 또는 한약사가 의약품을 조제할 때에는 약국 또는 의료기관의 조제실에서 행하여야 한다. 다만, 시장·군수 또는 구청장의 승인을 얻은 경우에는 예외로 한다.<개정 1981.4.13, 1994.1.7, 1999.3.31>
- ③삭제 <1965.4.3>
- ④의사 또는 치과의사는 전문의약품과 일반의약품을 처방할 수 있고, 약사는 의사 또는 치과의사의 처방전에 의하여 전문의약품과 일반의약품을 조제하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 의사 또는 치과의사의 처방전에 의하지 아니하고 조제할 수 있다.<신설 1994.1.7, 2000.1.12>(이하 각호 생략)
- ⑤제1항의 규정에 불구하고 의사 또는 치과의사는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한하여 자신이 직접 조제할 수 있다.<신설 1994.1.7, 1995.12.29, 2000.1.12>(이하 각호 생략)
- ⑥제4항 제1호의 규정에 의한 의료기관이 없는 지역 및 제5항 제1호의 규정에 의한 약국이 없는 지역의 범위에 관하여는 보건복지부장관이 정한다.<신설 1994.1.7, 1997.12.13>
- ⑦한약사가 한약을 조제할 때에는 한의사의 처방전에 의하여야 한다. 다만, 보건복지부장관이 정하는 한약처방의 종류 및 조제방법에 따라 조제하는 경우에는

3)⁴⁴⁴)에서 청구인들은 약사법 제16조 제5항 제2호는 의료기관의 시설 안 또는 구내에서 약국을 개설하는 것을 금지하고⁴⁴⁵), 같은 법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 처방전이 교부된 환자에게 의약품 조제해서는 안 된다는 규정이 자신의 헌법상 직업의 자유 및 평등권⁴⁴⁶)과 행복추구권⁴⁴⁷)이 침해되었다고 주장하면서, 2000. 8. 31. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법 재판소는 결정 요지에서 다음과 같은 논리를 들어 합헌을 선언 하였다.

① 의료기관 운영자는 약사법 제16조 제5항 제2호의 적용대상이 아니므로 자기관련성이 존재하지 않는다는 것이다,

② 의료소비자들은 약사법 제21조 제8항이 기본권 침해의 자기관련성이 존재하지 않는다는 것이다,

그러하지 아니하다.<신설 1994.1.7, 1997.12.13>

⑧의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 의료법 제18조의2의 규정에 의하여 처방전이 교부된 환자에게 의약품 조제하여서는 아니 된다.<신설 2000.1.12>

444) 판결요지는,

약사법 제21조 제8항이 의약분업제도의 도입을 통하여 의약품의 오·남용을 예방하고 약제비를 절감함과 동시에 환자의 알권리를 신장시키고 제약산업의 발전을 도모함으로써 국민의 보건을 증진시키고자 하는 입법목적의 의약분업 정당성이 인정되고, 약사법 제21조 제8항에 조제실을 설치한 의료기관이 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제업무를 할 수 없도록 규정한 국가입법목적 달성에 적합하며, 조제실을 갖춘 의료기관이 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 원외처방전 조제를 하도록 허용하는 것은 의약품의 오·남용 방지 등 국가입법목적 달성에 부적절하고 다른 대체수단도 존재하지 않으므로 약사법 제21조 제8항은 최소 침해성 원칙에 위배되지 않으며, 약사법 제21조 제8항이 조제실을 갖춘 의료기관에서 고용 약사를 통한 원외처방전 조제금지를 규정함으로써 발생하는 청구인의 직업행사의 자유 제한이라는 불이익은 크지 않은 반면에, 약사법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공익의 비중과 그 효과가 크다고 할 것이므로 약사법 제21조 제8항은 법익 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다. 따라서 약사법 제21조 제8항은 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 직업행사의 자유를 침해하지 아니한다.

445) 말하자면 의·약 분업에서 의료기관과 약국을 분리하는 기관 분업을 말한다. 이는 약업과 의료업의 분업이지, 진료를 향상시키기 위한 처방과 조제의 행위 기능에 따른 분리에 의한 분업과는 근본적으로 다르다.

446) 병원 개설자와 약사.

447) 병원을 이용 하는 환자의 주장.

③ 약사법 제21조 제8항은 청구인이 종전까지 수행해 오던 외래환자에 대한 조제투약 업무를 금지하고 있어서 기본권침해의 자기관련성이 청구인에게 존재한다는 것이다,

④ 직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다는 것이다,

⑤ 약사법 제21조 제8항이 의약분업제도의 도입을 통하여 의약품의 오·남용을 예방하고 약제비를 절감함과 동시에 환자의 알권리를 신장시키고 제약산업의 발전을 도모함으로써 국민의 보건을 증진시키고자 하는 입법목적은 헌법상 정당성이 인정된다고 하였다.

따라서 약사법 제21조 제8항에 조제실을 설치한 의료기관이 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제업무를 할 수 없도록 규정한 것은 입법목적 달성에 적합하며, 조제실을 갖춘 의료기관이 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 원외처방전 조제를 하도록 허용하는 것은 의약품의 오·남용 방지 등의 입법목적을 달성하는데 부적절하고 다른 대체 수단도 존재하지 않으므로 약사법 제21조 제8항은 최소 침해성 원칙에 위배되지 않는다고 하였다.

또 약사법 제21조 제8항이 조제실을 갖춘 의료기관에서 고용 약사를 통한 원외처방전 조제금지를 규정함으로써 발생하는 청구인의 직업행사의 자유 제한이라는 불이익은 크지 않은 반면에, 약사법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공익의 비중과 그 효과가 크다고 할 것이므로 약사법 제21조 제8항은 법익균형성의 원칙에 위배되지 아니하므로 약사법 제21조 제8항은 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 직업행사의 자유를 침해하지 아니한다는 것이다.

⑥ 약사법 제21조 제8항은 조제실을 갖춘 모든 의료기관을 대상으로 하기 때문에 평등권을 침해하지 않는다는 것이다.

이상과 같은 결정 요지를 들어 병원 경영자 이름으로 제기한 약사법 제16조 제5항 제2호에 대한 심판청구를 각하, 소비자 이름으로 제기한 약사법 제21조

제8항에 대한 심판청구를 각하, 병원 경영자 이름으로 제기한 약사법 제21조 제8항에 대한 심판청구를 기각하였다.

비록 기각되었지만 병원 경영자의 직업 이익 외에는 다룰 가치조차 인정하지 않은 것인데, 이러한 상황은 청구인의 주장이나, 입법 취지 설명, 그리고 판단 이유 등에서 잘 설명되고 있다.

그러나 ‘국민의 보건에 관한 권리’, 즉 헌법 제36조 제3항에 관한 언급은 없고, 주로 청구인의 직업 이익의 침해에 대한 주장과 반박뿐이고, 소비자의 이름으로 제기된 국민의 입장에서 ‘행복추구권’의 침해로 제기된 문제는 청구인 자격조차 주어지지 못했다는 점에서 헌법재판소가 관례에서 주장 하고 있는 심판에 있어서 적극성 원칙⁴⁴⁸⁾에도 벗어나고 있을 뿐만 아니라 청구인이나 참고의견을 제시한 국가나 헌법재판소 모두 국민의 보건에 관한 권리에 있어서 권리를 ‘자유권으로의 착오’에 의한 것으로 판단된다.

의·약 분업은 관례에서 예시한 여러 나라에서와 같이 그 필요성이 인정되고 있으나 그 실시 방법이 다양한 것은 국민 보건을 위한 체계 안에서, 그 체계가 국민의 보건에 관한 권리 보장을 위한 방법으로 채택되는 것이기 때문이다.

관례에서 의·약 분업의 근거로 제시되고 있는 것은 크게 ① 국가 경제, ② 진료의 과학성, ③ 관계 직업인들의 이익, ④ 직업 범죄의 예방으로 볼 수 있는데 이는 청구인, 헌법재판소, 참고 의견제시인 모두 같고, 다만 그 주장이 서로 다를 뿐이다.

이들을 사회권으로서 ‘보건에 관한 권리 보호’라는 전제를 두고 보면, 의·약은 보건 자원으로 의·약 분업은 급부의 방법이며 급부 법률의 성격을 지닌다. 그러한 점에서 ① ‘필요’는 국가가 그 생산량을 결정 하고 있다는 점이 국가 경제와 관련된 문제⁴⁴⁹⁾이고, ② 이 ‘필요’의 생산은 국가에 의해 검증 되고 통제된다

448) 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다고 한다, 93헌바12(1998. 3. 26).

449) 의·약 분업은 경제적 측면에서 비용이 더 많이 소요된다.

는 점에서 의·약의 과학성과 관련 된다.⁴⁵⁰⁾

‘필요’는 국가가 그 생산량을 결정 하고 있다는 점과 ‘필요’의 생산은 국가에 의해 검증 되고 통제된다는 점을 전제로, 즉 보건에 관한 권리를 우선한 후 직업 이익이 보호될 때 급부 법률로서 헌법 제36조 제3항이 효력을 갖는다고 할 수 있을 것이며, 비로소 국민의 보건에 관한 권리가 보호된다고 할 수 있다.

그러나 ‘필요’와 ‘통제’에 앞서 직업의 이익을 주장한다면 이는 급부국가가 가져 올 수 있는 단체의 자유 보호를 위해 국민의 자유권 침해로 가져오는 결과라 할 것이다.⁴⁵¹⁾ 그리고 의·약 분업 제도가 직업의 특성으로 발생 가능한 범죄 예방을 위해서 만들어지는 제도라지만, 범죄의 피해 예방을 위한다는 목적으로 ‘필요’와 ‘통제’의 본래의 목적을 잃게 해서는 안 될 것이다. 그 이유 중의 하나는 보건에 관한 권리 보장의 중요성 이전에 그러한 범죄 예방을 위한 법체계가 따로 있다는 점에 있다. 따라서 당시의 의료 체계⁴⁵²⁾에서 사회권으로서 국민의 보건에 관한 권리를 전제 한다면 ‘기관 분업’이 아닌 ‘필요’와 ‘통제’를 고려한 ‘기능 분업’이 타당하였다.

다. 보건을 내용으로 하는 직업 이익과 관련된 법률사건 판단 종합

급부 법률이 지닌 취약점이 그 내부에 침해 법률의 함축, 즉 사회권이 자유권을 함축하고 있다는 점에서 권리의 오해나 법률 적용의 착오를 가져오고 있다고 본다. 따라서 사회권의 이해, 특히 보건에 관한 권리의 이해는 이러한 함축관계를 전제로 규정된 향도, 조치, 대강, 계획, 통제의 급부법률 형식을 갖게 되며, 여기에는 과학적 근거가 중요한 요소이고 이들 모두는 필요의 급부를 규정하는 것이라는 점이 전제 되어야 한다.

450) 의·약 분업의 목적은 진료에 있어서 세심한 기술을 필요로 하는 조제 업무를 따로 숙련시키자는 것이 약사 ‘면허’라 할 수 있다. 현재의 규격화된 약제(정, 캡슐 등)가 일반화되기 전 단계에서 약을 배합하고 소분(약사법 조제의 정의)한다는 것은 전문적 기술을 요하는 일이었다.

451) 급부국가의 원리.

452) 조제 건수가 많으면 당연히 약사를 통해 조제하도록 되어있었다.

이렇게 전제될 때 정당하고 타당한 입법과 해석이 가능하다는 것이며, 그 해석을 통해 직업의 자유 내지는 직업 선택의 자유를 사회권에 함축된 자유권으로서 사회권에 우선한다는 오해를 벗어 날 수 있다. 즉 직업 선택의 자유나 직업의 자유가 사회권에 함축되어 있을 경우 이들 자유권은 사회권에 발현 될 때 필요의 주체의 권리로 변양되어 나타나기 때문이다. 즉 의료행위의 경우 그 행위자체로서는 의료인의 행위로 의료인의 자유영역 인 자유권으로 발현되지만, 면허된 의료로서 보건에 관한 권리에 함축된 의료행위는 보건에 관한 권리 주체의 필요로 변양되고 그 안에서 보건에 관한 권리 주체의 자유 영역이 된다는 것이다.

결론적으로 보건에 관한 권리를 중심으로 일어나는 권리의 충돌은 사회권과 자유권 및 행복 추구권의 함축 관계의 문제로, 이는 실재하는 성층구조와 진화하면서 형성되는 창발성 이해를 전제로 할 때 그 해결이 분명해진다.

이와 유사한 사례로 부가가치세부과처분취소등(대법원 1988. 4.12. 선고 87누1157) 판례, 약사법위반(대법원 1992. 3.31. 선고 91도2329) 판례, 한약조제면허권존재확인(대법원 1998. 2.10. 선고 97누2405) 판례, 한약조제시험무효확인(대법원 1998. 3.10. 선고 97누4289)이 있으며 근본 문제는 위의 판례에서 벗어나지 않는다.

3. 보건에 관한 권리의 주체와 객체에 관련된 법률사건

가. 보건에 관한 권리 당사자 문제

모든 권리는 생명을 주체로 하고 있으므로 생명을 매개로 한 인과관계 내지는 성층구조에서 서로 간에 관련되지 않은 것은 없다. 따라서 한 사건에서 여러 기본권 주장이 나오고 또한 경합과 충돌 문제가 제기된다. 이러한 주장과 경합 내지 충돌 문제는 그 자체에 머물지 않고 기본권 당사자의 문제를 제기한다.

보건에 관한 권리의 경우 보건에 관한 법적 성격이 자유권과 사회권이 혼재되어 있다고 하는 만큼이나 당사자 문제가 혼돈되어 설명되고 있다.

이론적으로 또는 규범에서 보건에 관한 권리관계에서 권리 주체는 당연히 국민이고 의무주체는 국가이다. 그러나 이관계가 적용되어야 할 사건에서는 그 적용이 쉽지 않다.

나. 관련 판례 분석

일명 “보라매 사건”⁴⁵³⁾⁴⁵⁴⁾으로 불리우는 살인사건은 응급실에 실려 온 의

453) 살인(일명 보라매) 사건(서울지방법원 1998. 5.15. 선고 98고합9)의 판결요지는, 가. 배우자에 대한 치료비가 자신과 가족의 경제적 능력에 비추어 지나치게 과다하여 더 이상 부담할 수 없어 치료를 중지할 수밖에 없는 경우, 그 치료 중지 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위라고 인정되기 위하여서는 적어도 환자의 병의 상태, 그에 대한 치료 내용, 앞으로의 치료 경과와 환자의 예후에 대하여 담당의사 등을 통하여 충분한 설명을 듣고 정보를 얻음으로써 그에 대한 정확한 인식을 가지는 것이 요구되고, 또한 환자에 대한 현재까지의 치료비와 향후의 치료비가 어느 정도가 될 것인지에 대하여도 병원의 관계자를 통하여 충분한 정보를 얻고 그에 대한 정확한 인식을 가져야 할 것이며, 그런 연후에 더 이상의 치료비 부담이 배우자 자신과 가족의 경제적 능력에 비추어 도저히 불가능한 것인지 여부를 판단하여야 할 것이고, 나아가 객관적으로도 더 이상의 치료비 부담이 배우자와 가족의 부양의무의 한계를 벗어나는 정도에 이르러서야 비로소 사회상규에 반하지 아니한다 할 것인데, 이러한 판단에 있어서도 치료의 중지가 곧 환자의 사망을 초래하는 경우에는 생명의 존엄성을 최우선적인 가치로 고려하여야 하는 점에서 더욱 더 신중한 자세가 요구된다 할 것이다.

나. 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지, 즉 퇴원을 요구받은 의사로서는 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 사이에 충돌이 일어나게 되는데, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다고 할 것이고, 이는 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우 부작위에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있고, 우리 형법이 일반적인 살인행위뿐만 아니라 촉탁, 승낙에 의한 살인행위와 자살을 방조하는 행위에 대하여도 처벌을 하고 있는 점에 비추어서도 그러한바, 위와 같은 경우 의사로서는 의료행위를 중지할 시점에 있어 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의료행위의 중지 요구가 있었는지 여부와 환자의 상태, 회복가능성 등에 대하여 진지하게 고려하고, 그것이 법률상 허용되는 것인가 여부에 대한 검토를 하여야 할 것이며, 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니하였음에도 불구하고 회복가능성이 높은 환자에 대하여 환자의 자기결정권만을 존중하여 의료행위를 중지하거나, 의료행위의 중지 요구가 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의사표시라고 보기 어려움에도 이를 오인하여 의료행위를 중지하고, 그것이 직접적인 원인이 되어 환자를 사망케 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 행위는 위법하다고 할 것이다.

454) 살인(일명 보라매) 사건(대법원 판결, 2004. 6.24. 선고 2002도995); 판결요지는 다음과 같다.

식 없는 응급환자의 진료에서 보호자의 진료비 부담 불가능을 이유로 퇴원 요청을 받고 퇴원처리를 한 후 사망한 사건에서 퇴원 결정한 진료 의사의 살인죄를 선고한 사례이다.

여기에서 지방법원에서는 의사의 퇴원 조치를 정범으로서 부작위에 의한 살인을, 고등법원에서는 중범으로서 부작위에 의한 살인, 대법원에서는 고등법원

가. 살인죄에 있어서의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 소위 미필적 고의로서 살인의 범의가 인정된다.

나. 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위 지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

다. 보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 강청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안에서, 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위 지배가 흠결되어 있다는 이유로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다고 한 사례.

라. 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 범의 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 범의를 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 범의 상황을 다시 되돌이키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 범의 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다.

마. 중범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

바. 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄 사실보다 가벼운 범죄 사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄 사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄 사실을 인정할 수 있다.

의 판결을 그대로 인정하여 살인죄를 선고⁴⁵⁵⁾하였다. 따라서 “보라매 사건”은 단지 범죄에 의한 살인 사건으로 종결 된 것이다.

그러나 기본권 질서 안에서 살펴 볼 때 국민으로서 위 사건에서 사망자는 국가로부터 보건에 관한 보호를 받을 권리가 있다는 권리관계를 전제로 사건에 대한 분석 판단이 이루어 졌다면 살인죄의 선고는 무리한 판단이라 생각된다.

우선 살인죄 적용의 내용을 살펴보면, 자기결정 능력이 없는 환자의 보호자, 즉 환자의 자기 결정으로 추정 할 수 있는 자의 진료 거부에 따라 진료를 중지함으로써 환자가 사망에 이른 것을 1심에서는 부작용에 의한 살인 공동 정범, 2심에서는 부작용에 의한 살인 종범으로 판단하였고, 대법원에서는 고등법원의 판단을 그대로 수용하고 있다.

이 판단에 따르면 살인죄가 성립되는 구성요건에서 첫째, 살인행위로 지칭되고 있는 행위는 의료행위의 중단이고, 둘째로 의료행위의 중단 책임은 의사에게 있다는 것이며, 셋째 의사의 의료행위 중단은 객관적 가치평가에 따른 법적 비례원칙을 준수해야 함에도 환자 생명 가치보다 보호자의 판단(환자의 자기결정 추정)을 우선하여 생명을 잃게 한 것은 위법한 것으로서 결론적으로 살인이라는 것이다.

그러나 여기에서 지적될 수 있는 주요 쟁점은 ‘의료행위’를 범죄 구성에서 전 구성적 행위론의 적용 문제와⁴⁵⁶⁾정범과 종범의 엇갈린 판결에서 보여 주는 바와 같이 책임의 문제, 충분한 과학적 근거 없이 인정한 부작용의 위법성⁴⁵⁷⁾ 문제에 대한 충분한 언급 없이 살인으로 판단하고 있다는 점이다.⁴⁵⁸⁾

455) 형법

제250조 (살인, 존속살해), 제18조 (부작위범), 제30조 (공동정범), 제32조 (종범).
② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

456) 의료행위는 이 논문에서 주장하고 있는 특별권력관계에 속하는 국가의 수탁행위로 볼 때 형법상의 행위이론에서 전 구성적 행위론을 수용하는 것이며, 이러한 수용은 급부국가의 급부법의 특성, 특히 사회권이 갖는 특성에서 볼 때 수용되지 않을 수 없다

457) 부작용에 의해 사망하였다고 하나 이는 작위가 있어도 사망가능성이 있었고, 이미 사망과정에서 작위에 의해 연명되고 있는 상태에서 그 작위의 중단 후 사망을 부작용에 의한 살인이라고 본다면 의료인은 항상 기소 중지 상태의 부작용의 상해죄, 살인죄를 가지고 있게 된다.

그러나 더 중요한 것은 가족이 갖고 있는 상황에서 결정권 문제, 지금까지 판례와 사회상규⁴⁵⁹⁾, 입원과 퇴원은 전적으로 진료의사의 권한 안에 있지 않음을 고려할 때, 결국 이 사건은 보전에 관한 권리가 보호되지 못한 것으로 응급환자가 충분히 진료 받을 수 있도록 하지 못한 책임이 국가에 있다는 것이 먼저 전제되어야 한다는 것이다⁴⁶⁰⁾. 이들을 성충구조의 관점에서 구성요건의 성립요건을 본다면 사망의 원인은 필요의 비 급여이고 급여의 책임은 국가가 우선 책임이 있으며, 다음은 위탁을 받은 병원에 있다 할 것이다.

따라서 이 경우 의사에게 책임 지을 수 있는 것은 선관의무 불이행에 따른 과실치사를 논의 할 수 있겠으나 논지의 주장은 의사의 윤리문제로서 다루어질 문제로 판단된다. 윤리 문제에 의한 면허 취소는 살인죄 선고와는 근본적으로 사회에 미치는 영향이 다를 것이다. 만일 판례와 같이 필요의 미지급에 의한 자유권 침해, 즉 신체의 침해를 주장한다면 진료비 부족으로 치료 못한 모든 환자는 의사에게 상해죄 내지는 살인죄를 물을 수 있고 결과적으로 모든 의사는 확인되지 않았을 뿐 상해 범 내지는 살인범이 되는 것이다.

국민건강보험법 제5조⁴⁶¹⁾ 등 위헌확인(헌법재판소2001. 8.30. 선고 2000

458) 살인(일명 보라매) 사건의 각 법원별 선고 법령의 적용

지방법원 : 각 형법 제250조 제1항, 제18조, 제30조(각 유기징역형 선택)

고등법원 : 각 형법 제250조 제1항, 제18조, 제32조 제1항(각 유기징역형 선택)

대법원 : 피고인 1, 2와 검사의 각 상고를 기각한다.

459) 경제적 문제로 조기퇴원과 치료 받지 못하는 사례는 일반 상식이며, 이러한 문제 해결이 국가에 있다고 대두된 것이 이 시대이고, 이 문제는 사회권 보호를 위한 급부 법에 의해 해결하고자 하고 있는 것으로 이 문제 역시 이 차원에서 해결될 문제였다.

460) 응급의료법에서 중요 핵심 역시 급부이다. 법에서 대불금 제도를 규정하고 있으며, 그 미흡함을 몇 차례 개정하였지만 아직 충분하지 못하다. 사건의 내용은 당시의 대불금 규정안에서는 예견되고, 사실 있어온 사실들이다.

461) 국민건강보험법(제정 1999.2.8 법률 제5854호) 제5조 (적용대상 등)

① 국내에 거주하는 국민으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자 외의 자는 이 법에 의한 건강보험(이하 "건강보험"이라 한다)의 가입자(이하 "가입자"라 한다) 또는 피부양자가 된다. (각호 생략)

② 제1항의 피부양자는 다음 각호의 1에 해당하는 자중 직장가입자에 의하여 주로 생계를 유지하는 자로서 보수 또는 소득이 없는 자를 말한다. (각호 생략)

헌마668)의 경우 보험료 강제 납부와 미납의 경우 의료급여 중지와 체납세 처리 방법에 의한 징수는 자유권의 침해라는 것이다.

사회권으로서 보건에 관한 보호를 위해 도입된 제도가 그 재원 조달에 있어 조세 방법에 의한 것도 아니면서 징수는 조세 방법에 의하는 것은 모순이고, 또 강제 징수를 하면서도 체납자체로 급여를 중지하는 것은 국가 공권력에 의한 자유권의 침해 주장이라고 판단되는데 결정 이유에서 “헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232 참조).”라고 하면서도 청구 취지에 대한 종합적 판단을 위한 노력 없이 각하와 기각을 선언하고 있다.

이와 같이 보건에 관한 권리 보호인 급여를 위해 형성되는 재원이 세수에 의하지 않고 능력 사회의 부조에 의한 방법을 채택함으로써 제기되는 사례로 헌법재판소의 국민건강보험법 제62조⁴⁶²⁾ 제3항 등 위헌확인⁴⁶³⁾에서도 같은 선언을

③ 제2항의 규정에 의한 피부양자 자격의 인정기준, 취득·상실시기 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

462) 국민건강보험법(일부개정 1999.12.31 법률 제6073호) 제62조 (보험료)

- ① 공단은 건강보험사업에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 제68조의 규정에 의한 보험료의 납부의무자로부터 보험료를 징수한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 보험료는 가입자의 자격을 얻은 날이 속하는 달부터 가입자의 자격을 잃은 날의 전날이 속하는 달까지 징수한다. 다만, 가입자의 자격이 매월 2일 이후에 변동된 경우에는 그 변동된 날이 속하는 달의 보험료는 변동되기 전의 자격을 기준으로 징수한다.
- ③ 직장가입자의 월별 보험료액은 제63조의 규정에 의하여 산정한 표준보수월액에 제65조의 규정에 의한 보험료율을 곱하여 얻은 금액으로 한다.
- ④ 지역가입자의 월별 보험료액은 세대단위로 산정하되, 지역가입자가 속한 세대의 월별 보험료액은 제64조의 규정에 의하여 산정한 표준소득월액에 제65조의 규정에 의한 보험료율을 곱하여 얻은 금액으로 한다.
- ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 가입자의 경우 그 가입자 또는 그 가입자가 속한 세대의 보험료는 공단의 정관이 정하는 바에 의하여 그 일부를 경감할 수 있다.
(각호 생략)

463) 2000헌마801(2003.10.30.)의 판결요지는,

가. 건강보험의 문제를 시장경제의 원리에 따라 사보험에 맡기면 상대적으로 질병 발생위험이 높거나 소득수준이 낮은 사람들은 보험에 가입하는 것이 매우 어렵거

볼 수 있다.

다. 보건에 관한 권리 주체관련 판례 종합

보건에 관한 권리는 사회권으로서 국가의 급부를 전제로 하고 기본권의 제3

나 불가능하게 되어, 국가가 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 모든 국민에게 동질의 의료보장을 제공하고자 하는 목적을 달성할 수 없으므로, 국민건강보험법 제5조, 제31조 제1항·제2항, 제62조 제1항·제3항·제4항은 원칙적으로 전 국민을 강제로 보험에 가입시키고 경제적 능력에 비례하여 보험료를 납부하도록 함으로써 의료보장과 동시에 소득재분배 효과를 얻고자 하는 것이다. 이와 같이 국가가 국민을 강제로 건강보험에 가입시키고 경제적 능력에 따라 보험료를 납부하도록 하는 것은 행복추구권으로부터 파생하는 일반적 행동의 자유의 하나인 공법상의 단체에 강제로 가입하지 아니할 자유와 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 재산권에 대한 제한이 되지만, 이러한 제한은 정당한 국가목적에 달성하기 위하여 부득이한 것이고, 가입강제와 보험료의 차등부과로 인하여 달성되는 공익은 그로 인하여 침해되는 사익에 비하여 월등히 크다고 할 수 있으므로, 위 의 조항들이 헌법상의 행복추구권이나 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

나. 직장가입자와 지역가입자 사이에는 소득 파악률, 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료 부과대상소득의 발생시점 등에서 근본적인 차이가 있고, 특히 직장가입자의 소득은 거의 전부 파악되는데 반하여, 지역가입자의 소득은 일부분밖에 파악되지 않는다는 점에서 현저한 차이가 있다. 이처럼 현저한 차이가 있는 직장가입자와 지역가입자의 보험료부담의 형평을 보장하기 위하여 국민건강보험법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항은 직장가입자의 경우에는 표준보수월액을, 지역가입자의 경우에는 부과표준소득을 기준으로 보험료를 산정하도록 규정함으로써 직장근로자의 경우에는 소득만을 기준으로 하고, 소득 파악이 어려운 지역가입자의 경우에는 소득뿐만 아니라 재산, 생활수준, 직업, 경제활동참가율 등 다양한 변수를 참작한 추정소득을 기준으로 하도록 하는 것인바, 이러한 차별취급은 경제적 능력에 따른 부담의 원칙에 입각하고 있고, 지역가입자와 직장가입자의 본질적인 차이를 고려하여 그에 상응하게 보험료의 산정을 달리 하도록 한 것이므로 헌법상의 평등권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

다. 국민건강보험법 제31조 제1항·제2항이 재정운영위원회의 심의·의결 사항으로 규정한 '보험료의 조정 기타 보험재정과 관련된 주요사항' 및 보험료를 조정할 사유로 정한 '보험재정에 중대한 변화가 발생한 때'의 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는 것과 제62조 제4항이 지역가입자의 월별 보험료 액을 부과표준소득에 따라 범시행령이 정하는 등급구분에 의하여 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관이 정하는 금액으로 하도록 한 것이나, 제64조 제1항이 부과표준소득의 산정방법, 기준 기타 필요한 사항을 시행령으로 정하도록 한 것은, 국민건강보험법의 전반적 체계와 관련규정을 종합하여 볼 때 그 범위와 한계를 객관적으로 충분히 예측할 수 있고, 또한 보험재정에 관한 사실관계는 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상되므로 보험료를 또는 등급구분·등급별 금액의 규율을 대통령령과 국민건강보험공단정관에 위임하는 것은 불가피한 것이어서 위임입법의 한계를 넘는 것이 아니라 할 것이다.

자효가 인정되는 만큼, 그리고 급부의 전 자원이 공공재로서 국가관리 하에 있다는 점에서 보건에 관한 권리관계는 특수 관계로서 특별 권력관계가 매개된다고 볼 때 진료비 지불 능력 상실로 인한 보호자의 요청에 의한 응급환자에 대한 의사의 치료 중단은 국가의 급부 중지 행위이다.

급부 중지가 자의적 판단이 아닌 통상의 의료 업무 처리 절차에서 이루어 졌다면 이는 보건에 관한 권리관계에서 급부의 중지로 보아야 하기 때문에 이는 일차적으로 병원에 책임이 있고 이차적으로는 국가에 책임이 있는 것이다.

따라서 형벌을 전제로 하는 범죄 구성의 구성요건이 될 수 없으며, 단지 행정법 관계의 무하자 재량의 원칙 또는 신의 성실의 원칙이 적용 되어야 하거나, 의료법에 의한 의료 윤리에 관한 규정을 적용 할 수 있을 것이다.

중요한 것은 응급의료법에 의한 대불금 제도를 두어 응급환자의 경우 진료비에 구매 받지 않고 진료를 받을 수 있도록 해야 한다는 규정을 두면서도 그 실효성을 확보하지 않은 국가에 그 사망의 책임이 있다 하여야 할 것이다.

그리고 보건자원의 재원은 당연히 ‘필요’에 해당하는 만큼은 세수로 확보 하여야 하며, 그 미납으로 인한 보건에 대한 ‘필요’의 급여가 중단 되어서는 안 될 것이다.

第5章 결론

현재 보건에 관한 권리는 자유로서의 권리 주장과 필요로서의 권리 주장 그리고 행복으로서의 권리 주장이 모두 구분 없이 지칭되는 까닭에 보건에 관한 권리를 두고 소통이 적고 다툼이 많은 관계를 보여주고 있다.

이러한 다툼은 헌법 제36조 제3항이 말하는 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”(이하 ‘보건권’이라 함)는 문장의 해석, 즉 보건권을 권리로 서 주장할 수 없는 선언이라거나 혹은 주장할 수 있는 권리라는 차이, 보건권의 성격이 사회권이라거나 또는 자유권, 또는 그 모두의 성격을 갖는 다는 차이가 있음에도 이러한 차이의 존재를 의식하지 않는데서 비롯되고 있으며, 또한 이러한 차이의 근본 바탕에는 ‘보건권’이라는 ‘표상’에 대한 객관적 규정이 불충분한 상태에서 보건권 실현을 위한 법규의 제정이 이루어지고 있는데서 비롯되고 있다는 것을 알 수 있다.

물론 보건권이라는 표상의 객관적 규정이 불충분한 이유에는 그 규정의 근원적인 근거에 대한 절대적 기준이 존재하지 않는다는 이유가 될 수 있겠으나 인간의 사회생활 혹은 국가 생활이 진리의 관계에 절대적으로 의존해 있지 않고 합의의 관계에 의존하여 유지되고 있다는 것을 전제한다면 보건권이라는 표상 역시 합의는 반드시 보건에 관한 법규 제정에 앞서 이루어져야 되고 합의 이전에 제정된 법규는 이 합의에 따라 개정되어야 한다.

따라서 본 논문은 바로 이러한 합의를 위한 전제 조건인 보건권의 표상을 밝히고, 이 표상을 통한 소통을 돕고자 하는 목적으로 살펴본 결과 다음과 같은 결론을 얻었다.

1. 保健權을 中心으로 한 法現實은 混沌되어 있다.

保健權을 중심으로 한 법현실을 보건에 관한 권리의 실효성이라는 관점에서 파악하면, 권리의 실효성은 무엇보다도 그 권리가正義에 부합하고 그래서 국민에 의해 합의된 권리인가, 그리고 그 합의된 내용을 국민 모두가 그렇게 알고 있는가에 따라 결정된다 할 것이다.

그런데 의료면허가 직업선택의 자유를 침해하고 있다는 법관의 위헌제청을 비롯하여 많은 국가보건제도에 관한 헌법소원 등은 국민건강을 위한 국가보건제도 자체에 대한 불신에 근거한 것이었고, 결국은 한의사와 약사, 의사와 약사, 의사와 한의사 간의 분쟁으로 표출되었고, 심한 경우 거리 시위로 이어질 만큼 심각하다.

본 논문은 이러한 사실들, 즉 보건에 관한 권리현실에서 판사, 입법자, 법학자, 보건 전문가 등을 포함 하는 국민 모두의 합의된 보건에 관한 권리가 없다는 사실과, 합의 되었다고 믿었던 것들조차 실은 서로 다른 것을 지칭하고 있음을 밝혔다.

이처럼 합의된 보건에 관한 권리가 없다는 것을 용어사용의 분석을 통해 밝혔고, 그 원인중 하나로 기존의 전통을 이어보려는 노력 없이 새롭다고 생각되는 것을 새로운 것으로, 즉 새로운 용어로 지칭한 것을 들고 싶다. 이러한 사실은 장차 생명 공학의 발달로 생명의 시작과 끝의 문제, 인간복제 문제 등 보건에 관한 새롭다고 생각되는 영역들의 등장이나 또 다른 새로운 용어들의 등장으로 연결되어 더욱더 보건에 관한 권리 내용의 합의를 불가능하게 하고 혼란을 가중시키지 않을까하는 우려를 갖게 한다.

그러나 새로운 것은 하나도 없다는 성서의 가르침처럼 갑자기 새롭게 나타나는 문물이란 있을 수 없다는데 동의하며 있는 것과 새로운 것으로 소개되는 것을 이룰 수 있는 용어를 찾아내는 노력이 있다면 이러한 우려는 불식될 것으로 기대하면서 본 논문에 임하게 되었다.

그러나 오히려 이러한 보건에 관한 권리의 합의에 대한 우려와 기대보다 더 어려운 문제는 행복에 대한 지나친 주관적 욕구와 보건을 자유권으로 보고 주관적 필요를 부족으로부터의 자유라는 이름으로 평등을 요구하고 있는 것은 보건

에 관한 권리의 합의를 더욱 어렵게 하고 있다고 판단된다. 따라서 자유권, 사회권, 행복추구권에 대한 의미와 성격의 명확화를 통해 보건권이 사회권으로서 주관적 권리임을 밝히고자 하였다.

2. 保健은 養生과 醫療이다.

보건에 관한 권리의 내용은 人格의 目的이 아닌 人格의 構成을 돌보는데 필요한 資源으로 養生(보건)과 醫療로 구별된다. 말하자면 여기 논지에서 사용되는 개념들의 체계화를 위한 일반적 용어들의 정의를 바탕으로 개량적 定義로서 보건이란 “생명의 탄생, 성숙, 쇠퇴의 진화 작용이 생명 내부 기관 또는 조직사이거나 생명외부 조직 또는 개체와 서로 소유와 공여의 조화를 통해 공존이 가능하도록 생명형식 자체를 돌보는 것”으로 정의 하였다. 이러한 보건은 국가가 자격제도를 통해 일반적 규제를 하고 있는 보건과 규제가 없는 보건으로 구분되는데 “면허를 통해 규제되고 있는 보건”을 ‘의료’라 하고, “보건에서 면허를 필요로 하지 않는 보건”을 ‘養生’이란 용어로 사용 하였다. 이러한 용어정의를 기준으로 보건에 관련 된 용어의 현실적 사용을 살펴보았다. 그 결과 용어의 사용이 일관 되지 못함을 확인할 수 있었는데 그 정도는 학문적 사용과 실정법규의 사용 그리고 일반 대중의 사용에서 매우 혼돈되어 있고, 각 영역 안에서도 일관되지 못함을 볼 수 있다.

가장 큰 혼돈은 건강을 돌보는 것을 의미하는 ‘보건’과 신체(정신 포함)의 상태를 의미하는 ‘건강’의 혼돈인데, 이러한 혼돈이 ‘보건권’과 ‘건강권’ 혼용으로 이어져 헌법 제36조 제3항의 국민의 보건에 관한 보호 받을 권리가 건강을 보호 받는 자유권과 보건을 보호 받는 사회권 모두를 지칭하는 의미해석으로 이어지는 결과를 낳고 있었다.

이러한 혼돈은 실정 법규의 법 기술에 있어 급부 계획에는 모호성을, 급부 통제에는 형벌을 강조하여 보건에 관한 권리보호가 비효율적인 것은 물론 편협

된 주관적 권리 인식을 부각시켜 다툼을 조장하는 결과를 가져오기도 함을 알 수 있다.

‘보건’과 ‘건강’의 혼돈 못지않은 의미전달상의 문제는 ‘보건’과 ‘의료’의 혼돈이다. 이들 간의 혼돈은 ‘보건의료’, ‘의료서비스’등의 새로운 용어를 사용하게 하는 결과를 가져왔고, 나아가 양생(보건)을 소홀히 하고 의료가 보건의 전부인 것처럼 인식하게 하기도 하였으나, 점차 양생(보건)의 중요성이 드러나면서 의료에 양생을 편입시키려는 의도로 보이는 ‘보건의료’라는 용어를 탄생시키기도 한 것으로 보인다.

학문 영역에서 조차 분명한 용어의 정의 없이 사용하기 시작한 ‘보건의료’는 보건(양생)과 의료를 통칭하는 의미로, 때로는 의료에서 면허의 필요성이 적은 영역을 지칭하는 의미로, 또는 지금까지 다루지 않았던 양생(보건)과 ‘의료’의 중간 정도를 지칭하는 말로써 학문적 기술, 법규의 기술, 일반 대화에서 그렇게 사용하고 있음을 보았다.

‘醫療’와 ‘藥事’의 혼돈은 ‘처방’과 ‘조제’의 혼돈으로 이어져 “약 복용의 지도”를 지칭하는 듯한 ‘藥療’라는 단어가 대두되면서 약학 대학교의 6년제 수업 주장과 연결되었으며, 당초의 의도와는 상관없이 ‘藥事’와 ‘醫療’의 경계를 더욱 모호하게 하였고, 그 결과는 보건급부의 법 기술인 계획을 어렵게 할 뿐만 아니라, 각각을 업으로 하는 직업군간의 다툼은 물론 보건에 관한 보호를 어렵게 하고 있다. 즉, 이러한 용어의 혼돈된 사용은 의료와 양생으로 구분되어 상호 연계 체계를 이루어야 할 보건의 체계를 모호하게 하여 보건에 관한 권리의 차원에서 보건을 보호하기보다는 학교 보건에서는 학생들의 보건을 위한 노력이 상처를 소독하는 양호실 수준에 머물게 하였고, 산업 보건에서는 근로자의 건강을 위한 건강검진이 입사를 위한 건강의 파악과 직장생활을 위한 요식행위적 건강검진에 머물게 하였고, 국민건강검진을 단지 연례행사정도로 여기게 만들었을 뿐만 아니라 학교보건, 산업보건, 국민보건의 서로 전혀 관련이 없는 것으로 만들어 버렸다. 말하자면 학교는 학생의 건강을, 산업체는 근로자의 건강을, 국가는 국민의 건강을 보건에 관한 권리의 차원에서 관리(보건의 급여)하지 못하고 있는 것이다.

따라서 국민의 보건에 관한 권리라는 일관된 원칙에서 양생과 의료로 구분되는 보건의 체계를 구성할 수 있어야 된다. 여기서 양생과 의료로 구분되는 보건의 체계는 보건에 관한 용어들이 여러 학제 간에 통일되고 일관된 개념을 지녀야 된다는 것이고, 이러한 용어를 바탕으로 학교영역의 보건, 산업영역의 보건 등이 국가의 보건 영역에 통합되어 일반사회에서도 통용될 수 있도록 하여야 한다는 것을 말한다.

더 나아가 이러한 보건에 관한 용어의 통일되고 일관된 개념 정립은 장차 시행될 것으로 예상되는 국민 각각의 모든 건강정보를 기록한 ‘국민건강전자카드’의 제 기능을 발휘하기 위한 선결 과제이기도 하다.

3. 保健權은 自由權이 含蓄된 社會權이다.

본 논문에서 얻은 “보건에 관한 권리는 기본권으로서 사회권이며 적극적 권리이다”라는 결론은 ‘자유권’과 ‘자유권이 함축된 사회권’ 그리고 ‘자유권을 함축하고 있는 사회권이 함축된 행복 추구권’이라는 세 기본권의 존재와 세 기본권의 관계를 통해 도출되었다.

위에서 언급한 세 기본권과 세 기본권간의 관계는 기본권 역사의 흐름에서 자유권을 시작으로 사회권 그리고 행복 추구권으로 발전 되어 온 것과 모든 기본권은 이 세 차원의 기본권에 환원 될 수 있음을 전제 하며, 설명의 도구로는 성층구조 이론이 그 기본 바탕이었다.

여기의 성층구조란 N. Hartman이 말하는 실질세계를 물질, 생물, 심성, 정신(Materie, Leben, Seele, Geist)으로 층 지워진 성층구조를 말한다. 이 성층구조의 관점은 모든 실재하는 존재 설명에 적용 시킬 수 있다는 것인데, 네 개의 층 대신에 물질 층, 생물 층, 심성을 정신에 포함시켜 하나의 정신 층으로 하는 세 층 구분도 근본 성층구조의 관점과 다르지 않다고 볼 수 있다. 이러한 층

간의 관계 법칙 중에서는 하층을 토대로 상층이 창발 한다는 것인데 이는 상층이 하층을 전제로 하지만 상층은 하층에 독립적인 자율 영역을 갖는다는 것으로 법 이론에서 하층 중심이 되어 상층과 갖는 관계는 대표의 원리가 적용되고, 상층이 중심이 되어 하층과 갖는 관계는 동일성의 원리가 적용되는 관계를 갖는다는 전제를 하였다.

이러한 전제를 바탕으로 한 기본권 관계에서 자유권은 생존의 문제이고, 사회권은 필요의 문제이며, 행복 추구권은 행복의 문제이다. 따라서 존재의 상실은 필요와 행복을 모두 상실 시키는 것과 같고, 필요의 부족은 존재의 상실을 의미 하지 않지만 행복의 상실을 의미하며, 불행은 필요나 존재의 상실을 의미 하지 않지만 또 다른 관점에서 존재와 필요의 가치가 행복에 있다고 한다면 이것 역시 모두의 상실이다.

대부분 사회권을 필요를 청구할 수 있는 권리와 단지 국가의 능력에 따른 재량행위에 의한 급부(국가의 의무)를 포함하여 설명하고 있으나 이러한 사회권에 대한 개념은 사회권의 청구능력을 약화시키고 법적 보호가치와 일반보호가치의 혼돈을 야기할 뿐이다. 따라서 사회권은 국가가 반드시 배분하여야 할 급부에 대한 국민의 권리로 한정하여야 한다.

보건에 관한 권리 역시 사회권으로서 그 존재를 확인 하면서도 국가가 반드시 배분해야할 필요의 결정이 불가능하다거나 어렵다는 것을 이유로 사회권의 실체적 권리를 부인하고 단지 추상적 권리로 보려는 경향이 있다. 그러나 이는 국민적 합의의 존재를 가볍게 생각한 결과이다. 사회권을 추상적 권리로 보는 입장은 그 필요를 확정하여 국민의 합의를 이끌어 내는 일에 태만한 것이거나 진리가 아닌 합의는 받아드릴 수 없다는 입장이라 할 것이기 때문이다.

따라서 보건에 관한 필요는 과학적 근거에 의해 일반적 보호가치를 산출하고, 산출된 필요를 국민적 합의에 의해 실체적 권리로서의 사회권으로 확정하여야 한다.

4. 保健權은 積極的 權利이다.

헌법 제36조 3항의 “모든 국민은 보건에 관하여 국가로부터 보호를 받는다.”라는 규정은 국민이 필요로 하는 보건을 필요한 만큼, 또는 필요하다고 합의된 만큼의 급부가 보장되어야 한다고 해석되어야 한다. 이러한 근거는 모든 기본권이 자유를 평등하게 가질 권리(소극적 권리), 필요를 배분 받을 권리(적극적 권리), 행복을 형평에 맞도록 조장 받을 권리(보호 이익)로 환원 될 수 있다는 전제이다.

권리에 관한 법률관계란 바로 이러한 ‘자유’의 평등’, ‘필요’의 배분’, ‘행복의 형평’의 규정을 전제로 한다고 할 때, 법적 권리란 ‘자유’의 평등’, ‘필요’의 배분’, ‘행복의 형평’의 법적 보장이다. 이 보장(법적 합의)은 행위능력이 갖는 성질에 따라, 즉 ‘자유’의 평등’에서는 자유 침해의 금지, ‘필요’의 배분’에서는 필요의 부족에 대한 급부, ‘행복의 형평’에서는 행복의 불균형의 균형을 위한 조장 등과 같이 보장 방법이 다르며, 각 행위능력의 고유의 수단을 갖게 된다. 또한 행위능력이 작용하는 진화의 위치와 범위 그리고 행위능력의 조합 상태에서 관계에 따라 그 보장이 달라진다.

이상과 같은 권리관계 종합에서 보건에 관한 권리는 ‘보건’을 ‘건강’이 아닌 ‘건강을 돌보는 것’이고, 또한 ‘건강을 돌보는 것’이 수익자 주체의 행위가 아닌 ‘대표 행위’로서 이루어지는 ‘필요’라고 볼 때 ‘보건에 관한 권리’는 법률관계에서 ‘필요’의 배분’의 관계를 갖는 급부를 수단으로 하는 적극적 권리이고 실체적 권리이다.

이를 전제로 할 때 필요를 배분 받을 권리는 필요로 하는 권리 주체의 평등을 전제로 가능하며, 조장 받을 권리는 조장 받을 권리 주체의 평등과 권리주체의 필요가 배분된 것을 전제로 한다. 즉 보건에 관한 권리로서 보건의 필요는, 먼저 보

건을 필요로 하는 주체의 보건에 대한 자율성이 평등한 조건으로 보장 받고 있는 상태에서 그 주체가 보건에 대하여 필요로 하는 것을 청구하는 것을 말한다.

예를 들어 의사의 진단 기준이 보건에 관한 필요의 국민적 합의라 한다면, 골절환자에 골절을 고정하는 필요를 결정하였고, 혼수상태인 응급환자에게 필요로 전산촬영 및 집중치료, 식물인간상태인 환자에게 연명치료를 필요로 결정하였을 경우, 세 환자(또는 의사결정권자)들이 이 필요(보건에 관한 사회권)에 대해 수용결정(사회권으로서 보건에 관한 권리에 함축된 자유권) 내지는 다른 결정의 내용에 대하여 그 결정 자체를 그대로 모두 수용하는 것을 자유에 대한 평등이라 할 수 있다. 그런데 골절의 경우는 환자의 진료 중지 결정을 수용하고 응급환자와 식물인간의 경우는 환자(또는 의사 결정권자)의 진료 중지 결정이 수용되지 않는다면 이는 자율적 결정에 대한 침해이고 불평등이라는 것이다. 즉 평등해야 하는 것은 자율이고, 배분해야하는 것은 필요한 것이며, 조장해야 하는 것은 행복이라고 할 수 있다.

또한 의료인은 혼수상태인 응급환자의 진료를 거부 할 수 없다는 법적 명령은 곧 의료인에게 어떠한 행위, 즉 작위를 명령한 것으로 이 규정에 의해 명령권자인 국가와 의료인은 특별 권력관계를 갖는 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 그리고 이러한 특별권력관계는 그 관계를 완성시켜주는 보충적 규정(신분관계, 용역관계 등) 이 따라야 할 것인데 특별권력관계를 인정하고 있지 않은 현행 법체계에서는 이러한 보충적 규정을 발견할 수 없다.

다만 면허제도, 의료기자재 압류금지, 의료보험 및 보호제도 등이 간접적으로 규정되고 있다고 볼 수 있으나, 구체적으로 특별권력관계를 목적으로 입법되지 않은 것이어서 국민의 보건에 관한 권리는 주로 추상에 머물고 있다. 이러한 모호성의 부작용이 국민의 보건에 관한 권리의 실효성 상실, 응급환자 자의퇴원에 의한 사망의 책임으로 의료인에게 살인을 선고한 경우와 같이 불합리한 결과로 이어지고 있다고 보았다.

한편 권리 주장에 있어 '통약 불가능성' 또는 '비교 불가능성'을 갖는 주장이

있을 수 있는데, 이는 관계를 전제하지 않는 주관에 편향되며, 객관적 질서로서의 권리보다 주관적 권리로서의 권리 주장으로 인간의 다툼과 오류, 즉 소통계약의 가장 큰 원인이다. 따라서 보건에 관한 권리의 이해 역시 사회권에서 특히 두드러지게 나타나는 성질로서 “객관적 질서로서 기본권” 특성의 이해를 필요로 하는 사회권으로 보아야 한다는 것이며, 보건에 관한 권리의 자유권적 성격으로 보이는 영역은 신체권, 생명권으로 하여야 한다.

말하자면 보건에 관한 권리는 사회권, 즉 ‘필요’의 급부를 요구할 수 있는 실체적 권리로만 해석되어야 하며, 양생(보건)과 의료가 국가에 의해 생산되고 통제되는 공공재로 이들의 사용에 있어서는 이용자와 제공자 그리고 국가의 관계를 특수 지위관계로 해석되어야 한다.

5. 保健權의 實效性은 給付立法 體系에 依存된다.

보건에 관한 권리의 실효성은 적극적 권리로서 체계적인 급부입법에 의해서만이 가능하다. 또한 보건에 관한 권리 보호를 위한 의료제도가 보건에 대한 급부 법규로서 향도, 대강, 계획, 통제의 법 기술이 하나의 체계를 갖고 있음에도 보건의 큰 영역을 차지하는 ‘의료’에 상호 소통이 불가능한 ‘한의사’와 ‘의사’를 질서관계 없이, 그리고 소통 할 수 있는 조치 없이 포함시킴으로서 ‘醫療’와 ‘藥事’의 관계의 결과와 마찬가지로 급부의 법 기술인 계획을 어렵게 할 뿐만 아니라, 각각을 업으로 하는 직업군간의 다툼은 물론 보건에 관한 보호를 어렵게 하였다.

그럼에도 학문적 연구나 실정법규의 재정비와 해석에 적극적 효과를 주는 판례에서도 아직 이러한 문제에 대한 인식을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 소통에 있어서도 같은 수준을 보이고 있다고 평가되었다. 결국 보건에서 소통의 문제는 의료의 이원화와 면허의 否定 그리고 보건의 자유재 인식을 불러 일으켰고, 국민들 의식 속에 보건의 상대적 불평등, 즉 형평에 맞지 않는 의료(보건)제도라는 불신으로 행복 추구권의 침해 논란과, 절대 필요한 ‘필요’의 급부 부족으로 이어졌

고, 능력사회의 능력에 대한 통제의 강화가 형벌의 수준에서 가해짐에 따라 자발적 잉여생산의 감소를 초래 하여 결국 ‘필요’의 부족에 의한 “존재의 위협”, 즉 건강의 상실로 인한 자유권의 상실로 이어지는 결과를 가져왔다고 판단된다.

특히 의료인과 환자와의 관계를 단순 사무관계 내지는 민법상 계약관계로 보는 관점에서는 의료인들로 하여금 의료 행위를 자신의 직업행위로서 자율 영역으로 주장 할 수 있는 근거를 제공하고 있으며, 환자들은 보건에 관한 필요를 결정할 능력이 부족함에도 필요 자체를 자신의 자율능력으로 판단하여 보건에 대한 필요의 결정을 환자 자신의 자율로 주장하는 근거가 되고 있다. 그러나 보건, 특히 의료의 특성상, 그리고 면허를 통해 의료 행위를 할 수 있다는 법 규정으로 볼 때 보건의 필요는 객관적 결정이어야 하며, 구체적으로는 그것을 시행할 시행자, 즉 의료인에 의해 결정되어야 한다. 다만 그 결정이 의료인을 위한 결정이 아니라 그 필요를 청구 하는 환자의 이익내지는 의사에 따라 결정되어야 한다는 것이다. 바로 이러한 관계에서 의사와 환자의 관계는 대표관계다.

결론적으로 보건에 관한 권리의 법적 성격은 실체적 권리로서 보건에 관한 필요를 국민이 국가에 청구할 수 있는 권리이고, 이 권리관계는 국가와 국민 그리고 의료인이라는 요소를 갖는 것으로 의료인과 국민은 대표관계, 의료인과 국가는 공무수탁관계가 함축되어 있는 특별권력관계이다.

따라서 이러한 특별권력관계를 갖는 보건에 관한 권리는 급부입법체계에 의해 보장될 수 있고, 급부입법체계는 헌법으로부터 명령에 이르기까지 모두 필요를 직접 결정하는 규정들이기 때문에 급부입법체계의 정합성 확인이 매우 중요하고 이는 객관적 규범통제제도의 절대적 필요성을 말하는 것이다.

6. 必要한 保健은 科學的 劃定の 國民 合議이어야 한다.

현재의 보건에 관한 권리는 양생(보건)과 의료가 함께 체계를 만들어, 그 필

요를 과학적으로 확정해서, 국민의 합의를 구할 필요가 있다. 헌법 제36조 제3항의 법적 성격은 사회권으로 해석 되어야 하고, 권리 내용이 국민의 차원이 아닌 인간의 차원에서 보장 되어야 하는 권리라는 점에서 보건에 관한 권리는 헌법 제6조 제1항 및 제2항, 헌법 제10조와 헌법 제34조 제1항, 헌법 제37조 제1항에 의해 국민은 물론 국내에 거주하는 모든 사람들에게 국내에서 합의 된 ‘필요’는 청구할 수 있는 권리이다.

현재 ‘의료’ 중심으로 되어 있는 보건(양생과 의료가 포함된)에 관한 권리 보호제도는 ‘보건(양생)’중심으로 재편되어 의료, 체육, 영양 등이 서로 긴밀한 소통이 이루어지도록 하여야 하고, 의사와 한의사가 서로 소통할 수 있는 제도를 마련하거나 의료 일원화를 통해 국민건강이 보호될 수 있도록 하여야 하며, 보건에 관한 민간자격을 국가자격으로 전환 하여 그 관리를 국가에서 기존 국가자격과 소통할 수 있도록 하여야 한다.

국민이 필요로 하는 보건에 관한 ‘필요’는 과학적 근거에서 계획 되어 국민적 합의를 이루어야 하고, 직업의 자유를 빙자한 집단의 지나친 이익 추구로부터 사회권이 보호 되어야하지만 능력 사회의 능력 발휘를 위촉시키는 지나친 통제 는 지양되어야 한다. 그리고 여기의 ‘필요’를 위한 재원은 세수에 의해 형성 되어야 하고, 이 ‘필요’를 내용으로 하는 관계는 특수 관계로 수용되어야 한다.

능력 사회와 좀 더 나은 행복 추구를 위해 ‘필요’이상의 보건에 대해 민간 보험, 또는 영리 행위를 인정 하고자 할 경우라도, 생산되는 잉여가 자본의 독점적 소유가 되어서는 안 될 것이며 ‘필요’의 영역이 잠식되지 않을 수 있도록 하는 제도적 장치가 우선되어야 한다.

參考文獻

[원전류]

『논어』

『대학』

『맹자』

『명심보감』

『성학십도』

『조선왕조실록』

『중용』

[단행본류]

강대룡·한동관 편역, 『프랑스의료법』, 동림사, 1998

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004.

김도균, 『권리의 문법』, 박영사, 2008.

김영정, 『언어·논리·존재 -언어철학·논리철학 입문』, 철학과 현실사, 1999.

명순구, 『의사표시의 구성요소와 법률행위의 해석』

석종현, 『일반행정법 제4판』, 삼영사, 1990.

성락인, 『헌법학』, 법문사, 2007

蘇光熙·李錫潤·金正善 공저, 『철학의 제문제』, 지학사, 1976.

沈在宇 역, 『權利를 위한 투쟁』, 박영사, 1989.

예방의학과 공중보건 편집위원회, 『예방의학과 공중보건』, 계축문화사, 2003.

예방의학과 공중보건 편집위원회, 『豫防醫學과 公衆保健』, 계축문화사, 1987.

윤명노 감수, 『최신철학사전』, 일신사, 1986.

- 이병훈, 『문화적 관점에서 본 법의 이해』, 대명출판사, 2009
- , 『헌법』, 대명출판사, 2007.
- , 『대표의 원리와 의회주의』, 박문각, 1993.
- 이상돈, 『법이론』, 박영사, 1996.
- 이인영, 『생명과학기술사회에서의 인권패러다임의 변화와 생명 인권보호를 위한 법정책』, 삼우사, 2004.
- 이한기 외, 신경해부생리학, 현문사, 2005.
- 이황 지음, 이광호 옮김, 『성학십도』, 홍익출판사, 2004.
- 장영수, 『헌법학 II 기본권론』, 홍문사, 2003.
- 정연철, 『사회적 기본권의 분석』, 도서출판 금정, 2004.
- 정종섭, 『기본권의 개념』, 금붕어, 2007.
- 허영, 『한국헌법론』, 2002
- , 『헌법』, 법문사, 1992.
- 홍성방, 『헌법』, 신영사, 2002.
- 구스타프 라트브르흐, 최종고 역, 『법철학』, 삼영사, 2005.
- 데틀레프 간텐, 토마스 다이히만 and 티로 슈팔, 인성기 옮김, 『지식』, 이끌리오, 2005.
- 라인홀트 치펠리우스, 김형배 역, 『법학방법론』, 삼영사, 1990.
- 마크 슴즈 and 올리버 턴불, 김종주 역, 『뇌와 내부세계』, 도서출판 하나의 학사, 1988.
- 야나부 아키라, 서혜영 옮김, 『번역어 성립사정』, 일빛, 2003.
- 제프리 알렉산더, 이윤희 옮김, 『현대사회이론의 흐름』, 한국사회과학연구소, 1993.
- 칼 후리드리히, 이병훈 역, 『법철학』, 교육과학사, 1996.
- 콘라드 헛세, 계희열 역, 『통일독일의 헌법 원론』, 박영사, 2001.
- 크리스토프 코흐 지음, 김미선 옮김, 『의식의 탐구』, 시그마 프레스, 2006.
- 클라우스 슈테른, 김효전 편역, 『독일기본권이론의 이해』, 2004.

한스게오르크 가다머, 이유선 옮김, 『철학자 가다머 현대의학을 말하다』, 몸과마음, 2002.

N. 하르트만, 손동현 옮김, 『존재론의 새로운 길』, 서광사, 1997.

N. 하르트만 저, 하기락 역, 「존재학 원론」, 형설출판사, 1989.

[논문류]

김기경, 「보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제-職業免許와 營業規制를 中心으로-」, 연세대학교 박사학위 논문, 2002.

김남진, 「행정쟁송과 법률상 이익 재론 -쟁점을 중심으로-」, 『법학논집』, vol.29, 고려대학교 법학연구원, 1993.

김도균, 「권리담론의 세 차원: 개념분석, 정당화, 제도화」, 『법철학연구』, 제7권 제1호, 한국법철학회, 2004.

金永燮, 「西紀 2,000年代 우리나라 保健醫療人力의 需給豫測」, 『행정문제 논집』, Vol. 2, 1981.

김종길, 「니클라스 루만(N. Luhmann)의 일반체계이론: '복합성'을 극복하고자 하는 시도」, 『한국사회학』, 제27집, 여름, 1993.

김현철, 「수반이론의 법철학적 의미-예비적 고찰」, 『법철학 연구』, 제8권 제1호, 한국 법철학회, 2005.

김형수, 「법령 체계와 입법절차」, 『중앙행정기관 법제·법령해석 담당자자 연찬회 교재』, 법제처 사회문화법제국, 2006

배상수, 「보건의료 서비스의 배분적 정의에 대한 이론적 연구」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1990.

서계원, 「생명윤리법상 생명권과 인간배아복제의 문제」, 『세계헌법연구』, 제10호, 국제헌법학회·한국학회, 2004.

손동현, 「하르트만의 성층이론과 김재권의 수반이론」, 『철학과 현상학 연구』, 제21집, 한국현상학회, 2003.

- 양우석, 「하르트만의 세계성충사상」, 『철학논총』, 제6집, 영남철학회, 1990.
- 여인호, 「자연의 권리」, 『경남법학』, 제20집, 慶南大學校法學研究所, 2005.
- 유영철, 「신자유주의의 레짐 이동(Regime Shift)에 따른 로컬 거버넌스의 형성에 관한 연구」, 『한국지방자치학회보』, 제19권 제2호(통권58호), 한국지방자치학회, 2007.
- 윤재만, 「기본권 구성요건과 헌법 해석」, 『사회과학사』, 제6집 제1호, 大邱大學校社會科學研究所, 1999
- 李南復, 「루만의 체계이론 연구: 그 가능성과 한계」, 『국제문화연구』, 제14권, 청주대학교 국제문화연구원, 1997.
- 이동명, 「東·西洋의 正義論에 관한 法哲學의 考察(A study on the Legal Philosophy of Justice in Est and West)」, 『법학연구』, 제7집, 한국법학회, 2001.
- 이병훈, 「기본권과 가치체계」, 『논문집』, 제11집, 전주대학교, 1982.
- 李丞祐, 「각종 면허제도의 현실과 문제점」, 『公法研究』, 第4號 第2卷, 韓國公法學會, 2000.
- 이재석, 「인격권의 현대적 전개와 보호」, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
- 임금자·최진우·김계현·김한나, 「2007년 의료관련 주요판례에 대한 조사·분석」, 의료정책연구소, 2008.
- _____, 「보건의료 통계 분석 -OECD 보건통계 자료를 기초로-」, 의료정책연구소, 2007.
- 장동민, 「保健醫療의 衡平性- 概念의 定立을 中心으로 -」, 『인제논총』, 14권 1호, 인제대학교, 1998.
- 정영원, 「행정조직법의 실효성에 관한 연구」, 전주대학교 대학원 석사논문, 1992.
- 조형원, 「현행보건의료법규 검토」, 『한양법학』, Vol.6, 1995
- 최두훈, 「人間胚芽複製에 관한 憲法的 課題」, 중앙대학교 일반대학원 박사학위논문, 2004

- 최창현, 「복잡계이론(complexity theory)과 행정」, 『kapa@포럼』, 통권 123호, 한국행정학회, 2008.
- 추호경, 「국민보건사업을 위한 법률제정의 의의」, 『국민보건연구소 연구논총』, Vol. 7, No. 1, 서울대학교保健大學院, 1997.
- 한상범, 「기본권규정의 입법기술상의 배려와 인권보장의 문제」, 『고시연구』, 고시연구사, 1991.
- 홍재욱, 主要國 憲法の 健康에 관한 法條文考, 청주교육대학교 논문집 제13집, 1977.
- 홍성방, 「기본권의 충돌과 경합」, 『안암법학』, 안암법학회, 1999.
- , 「基本權의 概念과 分類」, 『사회과학연구』, 제7집, 西江大學校社會科學研究所, 1998.
- 에른스트 볼프강 비켄회르데, 김효전 역, 「국가와 사회의 헌법이론적 구별」, 『동아법학』, 4호, 東亞大學校法學研究所, 1987.
- 페터 헤벌레, 김효전 역, 「급부국가에 있어서의 기본권」, 『동아법학』 제26호, 東亞大學校法學研究所, 1999.
- Thomas Vesting, Kein Anfang und Kein Ende, Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung fuer Rechtswissenschaft und Dogmetik, 김성돈 번역, 『시작도 없고, 끝도 없다, 법의 체계이론 : 법학과 법 도그마틱에 대한 도전』, 법과 사회, Vol -No21, 2001, 297-315

[기타류]

- 서울신문<<http://www.seoul.co.kr/>>
- (주)로앤비<<http://www.lawnb.com>>
- 한겨레신문<<http://www.hani.co.kr>>
- 머니투데이신문<<http://www.moneytoday.co.kr>>

The Mind of the RatDerek J. SMITHCardiff School of Health Sciences
University of Wales Institute, Cardiff. presentation Kathrin
Rüegg, “Embedding the HumanRight to Health Care in U.S.
State Constitutions”, 『A Progress Review and Lessons for
Advocates Working Document prepared by Kathrin Rüegg for
the Human Right to Health Program, a project of the National
Economic & Social Rights Initiative (NESRI) and the National
Health Law Program (NHeLP)』 , February 2009.

[외국논문]

Allen E. Buchanan, “The Right to a Decent Minimum of Health Care”,
Philosophy and Public Affairs, Vol. 13, No. 1, Winter 1984.
Dale Francis Murray, “Nozickian Libertarianism and A Positive Right
To Health Care”, submitted to the Graduate School of the
University of Wisconsin-Madison in partial fulfillment of the
requirements for the degree of Doctor of Philosophy, 2003.
Taavi Annus, Ants Nõmper, “The Right to Health Protection in the
Estonian Constitution”, 『Juridica international VII』 , 2002.

[외국서적류]

M. F. Beer, B. W. Connors, M. A. Paradiso, Neuroscience Exproing
the Brain, Philadelphia:Lippincott Williams & Wilkins, 2007.

<abstract>

The right to health care
– A convergent analysis for health care right –

Young–Won Jung

Directed by Prof. Dr. Byung–Hoon Rhee

‘The health’ that in constitution §36③ ‘the health of all citizens shall be protected by the State’ was thought by ‘health’ and ‘health care’ among the scholars and people, so this article has a meaning included ‘right to health’(right to freedom) and ‘right to health care(social right)’ both of them.

These are resulted in lack of effectiveness(Wirksamkeit) about health care legal system and is not systematic as well as. So this has caused that the people have debated a ‘right to health care’.

The cause of this problem originated in lack of effort for communication between domains during evolution process. So the point of an argument is to figure out and consolidate its logic to communicate between them.

For this, I try using convergent analysis that is one kind of interdisciplinary study. As a preceding work that makes possible convergent analysis, I compose the method that is available together in each domain. On the basic of brain neuroscience, stratification structure by N. Hartman,

mental ability by I. Kant, and précising definition is used to communicate between personalities for legal concept.

Through this convergent analysis, the term called 'health care' is used as a various meaning that lacks consistency in lecture for students or legal relations. So, precisising definition that is available for interdisciplinary study is as mentioned below.

1. As subject for right to health care, life is a stratification structure in active state that implied birth and growth through an evolutionary process and individual stratum of life has rights in some instance.

2. The 'health care' is cared for 'life form' that enables to coexistence by harmony between ownership and friendship in each other life. This health care is classified to medicine and nursing.

3. 'The medicine' is health care that needs 'license by state'.

4. 'The nursing' is health care that does not need 'license by state'.

Thus, medical practice is usually prohibited, also the medical job needs registration to state for service, the production medical resources regulated by state. Therefore, I have defined that medical resources are public goods.

And so, in the analysis of the nature of state emerging right to health care, the structure of subjective right, objective order of the rights, it is found that the state is one of life form that is in the process of evolutions from individuality, that the behavior and the mode of behaviors are various form of expansion and extension property of the life, the relation of stratum of stratification structure has a rule of stratification.

By order of the state that has implicit or stratification, the law is a dimension of order emerged by communication in personality each other,

the law has a goal that each other of personality in the state must be existence, coexistence, co-prosperity, thus in this order as justice, it is the rights that the assertion of one is secured.

In convergence analysis, the content of right classified to the assertion of autonomy for existence, the assertion of the need for existence, the assertion of well-being for the expansion or extension of the need or the existence. And so the relationship of these is the structure of stratification or the implicit that the need implies the existence, the well-being implies the need.

Therefore, the equality of the autonomy for existence, the distribution of the need for coexistence, the equity of well-being for co-prosperity, these are the structures of order as justice.

This form is evolving, and the law is a rule as a justice not legislation on truth but legislation on mutual agreement that is believed in coherence of mutual agreement with truth.

From the idea of south Korean constitution that stipulations the rights to health care is a piece, a well-being, democracy as basic idea, and so has the theory of public democracy, the theory of rule of law, the theory of social welfare state, the equality of the autonomy for existence, the distribution of the need for coexistence, the equity of well-being for co-prosperity, these classified rights in convergence analysis are legislated in the constitution.

Consequently, right to freedom that must be the equality of the autonomy for existence, civil liberty as right to claim that benefits by the distribution of the need for coexistence, social right as right to follow-up for well-being that promotes the equity of well-being for co-prosperity, these are confirmed in the constitution.

But right to freedom as negative rights and right to claim as positive

right are permitted for judicial proceedings as substantive rights, the other right that most of social right and all of right to follow-up well-being exception of reduction to negative rights or positive rights are not permitted for judicial proceedings.

Thus, on the premise order of rights that all of rights are nesting in fundamental right, the right to health care in constitution §36③ that is human right from the opening property of legal information system, and that is not right to health from the closing property of legal form system.

Also, although the right to health care is social right, but it must be premised that social right implies the civil liberty, and social right is implied in right to follow-up well-being.

It is important that the relationship in the rights to health care is composed with the state, the subject of rights to health care and medical practitioner. In this relationship, the behavior of medical practice is represented as behavior of the subject of rights to health care that is not medical practitioner behavior but is the need for the subject of rights to health care. But if no this relationship, medical practice behavior is medical practitioner behavior in freedom.

Thus, the medical job with the relationship in the rights to health care must be state affair, and medical practice is a public service.

The rights to health care is the subjective civil rights as positive right for secured personality, is the right for all personality not but the nation.

And so, when the need has been confirmed and the confirmed need (primary health care) must be legislated with systematic form in national agreement, the right to health care is effective.