

保健醫療領域의 法政策

李相暉*

차 례

I. 위기의 상황

1. 정부의 보건의료정책
2. 의료사회의 대응
3. 시민사회의 분열과 무기력

II. 위기의 본질

1. 사회보장적 기획과 관료적 권위주의
2. 사회공학적 기획과 권위적 합법주의

III. 위기의 극복

1. 보건의료정책의 도덕적 지표
2. 보건의료정책의 구체적 대안

* 高麗大 法大 教授, 法學博士

I. 위기의 상황

1. 정부의 보건의료정책

‘보건의료정책’은 - 아마도 현 정부가 들어서면서 추진한 정책 가운데 ‘통일정책’과 더불어 - 최근 수년 동안 한국사회에서 가장 주목받고, 또 가장 논란을 많이 일으킨 분야에 속할 것 같다. 다만 통일정책은 이전 정부와의 정책적 연속성을 말하기가 쉽지 않은 반면, 보건의료정책은 그런 연속성을 말할 수 있다는 차이가 있다. 물론 보건의료분야에서도 현 정부가 추진한 고유한 정책들이 있다. 이를테면 의료보험조합의 통합이나 보건체계와 의료체계의 통합¹⁾과 같은 ‘통합’정책과 의약분업과 같은 직역의 ‘분리’정책을 들 수 있다. 통합과 분리는 바로 구조조정의 형식이다. 사실 이 두 부류의 보건의료정책은 아마도 신자유주의적 경향의 세계화 물결²⁾ 속에서 ‘구조조정’이라는 IMF-체제의 ‘정언명령’이 보건의료영역에 밀려들어온 결과라고 볼 수 있다. 그러나 한국사회의 사회역사적 맥락을 외면한 정책이 일반적으로 그러하듯, 현 정부의 보건의료정책도 그 구조조정의 목표는 - 이를테면, 보험재정의 건전화, 선진국형 건강보장체계(health care system)³⁾의 구축, 의약품 오남용의 방지 등은 - 달성하지 못하고, 오히려 공공의료보험의 심각한 재정위기만 ‘구조화’하는 결과를 낳았다. 보건의료정책은 ‘출구 없는 공간’⁴⁾에 갇힌 꼴이라고도 할 수 있다.

그러나 공공의료보험을 중심으로 한 사회보장적 의료체계의 재정위기는 보건 의료체계 자체의 기능장애를 초래함을 넘어서 기능상실까지도 우려하게 만든

1) 『보건의료기본법』의 제정(2000)은 이 통합의 기반이라 할 수 있다.

2) 김대중 대통령이 정권출범 당시 선언한 양대 과제, 즉 민주주의와 시장경제 가운데, 시장경제는 신자유주의적 세계경제체제의 구축에 적어도 이념적으로는 조응하는 것이었다고 생각된다. 정부가 신자유주의를 보건의료정책의 목표로서 ‘의도한 것’은 아니었겠으나, 현실적으로 미국의 병원자본이 한국의 의료시장에 침투해오는 결과가 나타났음을 주목할 필요가 있다. 이 현상은 어쨌든 보건의료분야의 구조조정정책이 가져온(뜻하지 않은) 결과라고 할 수 있다.

3) 이에 관해서 손명세, “보건의료기본법의 제정 필요성과 구성”, 『한국의료법학회 봄 학술 세미나 연제집』, 1999. 3. 29, 1~5면; 구체적인 제도연구로는 연세대학교 보건정책 및 관리연구소(편), 『국민건강증진 기반조성을 위한 보건의료법령체계 정비』, 보건복지부용역과제 최종보고서, 1999 참조.

4) 송호근, “의료정치와 정치 참여”, 『대한의사협회지』 제45권 제3호, 2002, 250면.

다. 이런 위기는 단지 수많은 정책 가운데 하나의 실패이거나, 정책의 사소한 수정을 통해서 극복될 수 있는 그런 성격의 것이 아니다. 보건의료체계의 위기는 바로 통일정책의 경우와 마찬가지로, 사회의 통합에 있어 결코 간과할 수 없는 위험원의 하나로 자리 잡아가고 있다. 이런 위험원에 대해 정치체계가 매우 민감하고 기동력 있게 대처하는 것은 너무나 당연하다. 왜냐하면 사회적 통합의 장애는 권력의 재생산을 어렵게 만드는 가장 근본적인 원인이기 때문이다. 그 결과 최근 정부는 그 동안 보건의료분야에서 추진해온 구조조정정책의 '구조화된' 결함을 메우는 또 다른 구조정책을 내놓은 바 있다. 그것이 바로 현재 계속 추진 중에 있는 <건강보험재정안정종합대책안>(2001.5.31.)이다. 이 대책을 강령으로 삼아 『국민건강보험 재정건전화 특별법』(2002.1.19.)이 제정되고, 『의료법』(2002.3.30.)이 개정되기도 하였다.

2. 의료사회의 대응

정부의 보건의료정책에 대해 의료계는 의료과업을 포함한 투쟁을 전개해오고 있다. 보건의료의 구조정책에도 - 특히 의사과업까지 불러 왔던 2000년 (약사중심적)⁵⁾ 의약분업의 강제적 관철에도 - 불구하고, 나의 인상으로는, 의료인들이 적어도 경제적인 관점에서는 구조정책 이전보다 악화된 상황에 처해 있다고 볼 수는 없을 것 같다. 그런데도 정부정책에 대한 비판과 저항을 계속하고 있는 현실은 바로 의료계의 비판과 저항이 - 적어도 의료인사회의 내부자(또는 참여자) 관점에서 보면 - 경제적 수익성의 확보에 있다기보다는 '의료사회의 자율성' 확보에 있기 때문일 것이다. 즉, 의료인들은 정부의 보건의료정책이 의료인의 직업적 인격을 심각하게 훼손하고, 의료행위규범을 관료주의적 틀에 가두어 놓으며, 의료인들 사이의 전승된 의료문화를 보건의료체계의 관료주의적 효율성으로 재단해버리는 점을 비판하고 또 저항하고 있는 것이다. 이것은 물론 정부의 정책이 지향하는 보건의료체계의 '경제적 효율성'과 의료인들이 고수하려는 '의료사회의 자율성'⁶⁾ 사이의 간격이 - 그 이념과 실현방

5) 이 말의 법제도적 의미에 관해 자세하게는 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 120~123면 참조.

6) 여기서 의료사회의 자율성은 물론 의사의 자유만이 아니라 환자의 자율성 보장을 포함한다. 우리 나라의 의료사회의 문제점으로 의사의 자유 상실보다는 환자의 자율성 상실을 바라보는 조병희, 『의료문제의 사회학』, 1999, 75면; 이에 비해 의료행위규범의 관료적 재생산을 의료사회의 자율성 상실로 보는 이상돈, "의료의 자율성과 법의 정당성", 『법학

법에서 볼 때 - 너무나 큰 데서 비롯된다. 이 간격으로 인한 불신과 갈등은 현 정부가 앞에서 언급한 보건의료정책들을 하나씩 추진해갈수록 점점 더 커져만 가고 있다. 물론 그런데도 현재 의사파업과 같은 강성투쟁이 선택되고 있지 않은 것은 아마도 의료기관의 재정적 위기가 지난 해 의약분업을 실시하기 이전보다 좀 나아졌거나 적어도 더 악화되지 않았고, 2000년도 의료파업의 고통스런 경험에 대한 반성을 계기로 현재는 파업의 신중론이 상당히 우세하기 때문일 것이다.⁷⁾ 그러나 <건강보험재정안정종합대책안>이 계속 추진되는 한, 정부와 의료인사회 사이의 불신과 갈등은 지속되고, 또한 더욱 높아질 것이다.

3. 시민사회의 분열과 무기력

그러나 의료인들의 비판과 저항은 의료사회의 외부인(또는 관찰자) 관점에서 보면 집단이기주의로 비춰지기 쉽다. 특히 시민사회의 여론을 조직화하고, 그것을 공론의 영역으로 옮겨와 정치적 영향력으로 변환시키는 시민단체들은 오로지 이런 관점만을 외골수로 대변하고 있다. 그런데 지금까지 이와 같은 시민단체의 관찰자적 관점은 정부의 구조정책에 바탕이 된 ‘체계기능적 관점’과 연정을 맺어왔다고 볼 수 있다. 즉, 시민단체들은 한편으로는 시민사회에 대한 관계에서 - 적어도 의약분업정책에서는 - 마치 정부의 홍보위원회와 같은 인상을 주는 역할을 하고, 다른 한편으로는 연구용역의 형식으로 ‘금전적 보상’을 받거나, 공공의료보험의 운영조직에서 일정한 비율로 자리⁸⁾를 배정받는 등의 방식으로 ‘행정적 권력’의 일부를 배분받아 왔다. 이런 현상을 나는 시민단체의 ‘금전화’와 ‘관변화’(또는 준관료화)라고 부른 바 있다. 나의 분석에 의하면,⁹⁾ 보건의료의 구조정책추진에서 나타난 시민단체의 변질은, 시민단체의

논집』 제35집, 고려대 법학연구원, 1999, 231~277면 참조.

7) 대한의사협회에서 예정했던 2002. 4. 17의 한시적인 의사파업이 중국민항기 추락사고를 계기로 국민여론을 감안해 철회된 점도 이러한 현황을 말해준다.

8) 예를 들면 『국민건강보험법』상 중요기구인 재정위원회에서는 시민단체가 추천하는 자(동법 제32조제2항제2호) 4명(동법시행령 제17조제1항제2호)이 자리를 배분 받고 있고, 『국민건강보험재정안정화특별법』이 한시적으로 설치한 보험체계의 관제센터와 같은 기구인 건강보험정책심의위원회에도 위원 한 자리가 시민단체의 몫으로 배정되어 있다(동법 제4조제1·2항 참조).

9) 한국법학교수회 주최한 제2회 한국법률가대회 <New Millennium 법: 법 환경의 변화와 그 대응책>(2000. 10. 27/28, 서울교육문화회관)에서 내가 발표한 “시민불복종과 NGO”; 이상돈, “시민단체와 시민불복종운동”, 『인권과 정의』, 2001. 7, 93~111면 참조.

운동사적 맥락에서 보면 이미 예정된 일일 수 있다. 즉, 이것은 한편으로는 시민단체들이 10여년에 걸쳐 추진한 권력화의 부정적 변증이면서, 다른 한편으로는 권력화의 정점을 경험한 총선연대의 낙천·낙선운동 사건 이후, 시민단체의 활동이 준비되지 않은 채 ‘정치영역으로부터 의약분업 같은 과학적 접근이 요구되는 전문영역으로 확장’된 결과이기도 하다.¹⁰⁾

이처럼 시민단체의 공론화기능에 심각한 이론적·실천적 한계가 드러난 상황에서 전문가들이 보건의료정책분야의 공론에서 차지하는 역할은 더욱 커질 수밖에 없다. 보건의료정책의 문제는 상식적 접근이 아니라 과학적 분석과 이론적 전망에서만 해결이 가능하기 때문이다. 실제로 의약분업의 강제적 관철 이후 철학자, 윤리학자, 사회학자, 보건학자, 예방의학자, 경제학자 그리고 법학자들이 공론에 점점 더 많이 참여해갔다. 그러나 전문가들의 공론은 아직 보건의료정책의 기본방향을 설정할 수 있는 수준의 합의에는 이르지 못하고 있다. 합의를 형성하지 못하는 까닭으로는 ① 우선 전문가의 논증이 대개 문제의 모든 차원을 종합적으로 다루면서 다른 논증에 대해 대항적으로 펼쳐지기 보다는 어느 한 차원만을 편향적으로 다루면서, 다른 논증에 대해 평행적인 관계로 펼쳐지고 있는 점을 들 수 있다. 이를테면 어떤 주장은 보건의료체계의 구조적 결함을 바라보지 못하고 의사들의 직업윤리만을 강조하고, 또 어떤 주장은 의사들의 직업윤리나 의료문화의 전통은 외면하고 보건의료체계의 기능성과 경제성만을 강조하며, 또 다른 어떤 주장은 의료사회의 내부문제만을 통찰하고, 의료계의 생존전략을 말하고 있는 것이다. 그러나 ② 이처럼 합의를 이루지 못하는 더 근본적인 이유는 보건의료정책의 기본방향을 설정하는 일이 궁극적으로는 ‘자유냐 평등이나 하는 체제이데올로기의 문제’¹¹⁾임을 또는 ‘관료제적 조정의 문제가 아니라 정치의 문제’¹²⁾임을 피할 수 없다는 데에서 비

10) 다만 경제정의실천시민연합은 “2002년 시민운동 선언문”에서 의약분업을 추진한 시민단체의 동맹적 활동에 대한 반성을 표명하기도 했다(조선일보, 2002. 1. 22일자 기사 “경실련 의약분업지지 반성 공개선언” 참조).

11) 보건의료영역에서 자유와 평등의 대립은 ‘정부의 실패’(이에 관해 대표적으로 Wolf, “A Theory of Nonmarket Failure”, *Journal of Law and Economics*, 1979 Apr., p.107~132; 이규식, “시장기능 활성화를 통한 의료개혁”, 『건강보장연구』 제2호, 한림대 사회의학연구소, 1998, 69면 아래 참조)와 ‘시장의 실패’(이에 관해 대표적으로 김용익, “의료개혁과 정부기능의 강화”, 『건강보장연구』 제2호, 한림대 사회의학연구소, 1998, 91면 아래 참조)라는 개념으로 펼쳐진다.

12) 송호근 교수는 이를 ‘의료정치’, ‘의료의 정치화’라는 개념으로 표현하고 있다(송호근, 전개논문, 252면).

롯된다. 또한 여기에서 ③ 보건의료정책이 펼쳐지는 사회역사적 맥락, 특히 현대사회에서 정책을 현실에 옮기는 매체로서 법이 가지는 고유한 역할과 기능에 대한 이해가 전문가들 사이에 매우 낮다는 점이 또 다른 이유로 언급되어야 한다. 현대사회의 ‘법제화’(Verrechtlichung) 물질 속에서 법의 세분화·전문화가 진행되고 있는 현상을 면밀하게 고려하지 않는 사회과학적 논의는 공적 확신과 승인을 가져오는 의견의 흐름, 즉 공론(公論)¹³⁾의 영역에서 경쟁력을 잃어버리게 될 것이다.¹⁴⁾

II. 위기의 본질

그러므로 보건의료정책의 방향을 올바르게 정하기 위해서는, 보건의료정책에 관계되는 문제들이 갖는 다양한 지평들, 이를테면 체계적, 문화적, 윤리적 지평들을 함께 다루면서, 특정한 역할과 기능을 수행하고 다양한 분과로 세분화된 법의 매체를 통하여 자유와 평등의 이율배반적 이념성을 변증적으로 지양할 수 있는 방법론이 요구된다. 나는 그런 방법론으로서 ‘법적 대화이론’을 발전시켜 왔다.¹⁵⁾ 이런 방법론의 관점에서 보면 정부의 보건의료정책이 갖는 근본적인 문제점이 선명하게 드러날 수 있다. 그 결론은 다음의 두 가지 명제로 요약할 수 있다.

- 정부의 보건의료정책은 사회보장적 보건의료체계를 기획해온 것인데, 그 기획의 모든 과정은 ‘관료적 권위주의’로 아로새겨져 왔다(아래 1).
- 의약분업의 강제적 관철과 그 부작용으로 등장한 의료재정의 위기를 극복하기 위한 정부의 보건의료정책은 보건의료체계의 사회보장적 기획을 사회공학적인 기획으로 발전시키고 있고, 이 발전을 엄호하기 위해 ‘권위적 합법주의’를 무릅쓰고 있다(아래 2).

첫 번째 명제가 파악하는 보건의료정책에서는 현 정부와 이전 정부 사이에

13) 이 개념에 관해 자세히는 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990; *Faktizität und Geltung* 1992, S.435~436 참조.

14) 이런 점에서 전문가공론의 역할을 강조하는 이상돈, “법이론: 철학과 정책 사이에”, 『고려법학』 38호, 고려대 법학연구원, 2002, 158~160면 참조: 또한 전문화된 공론영역으로서 의료공론영역의 개념을 설정하는 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 48~49면 참조.

15) 내가 펴낸 『의료체계와 법』(2000)은 그 이론을 보건의료체계의 중요문제에 응용한 결과물이라고 할 수 있다.

연속성이 인정될 수 있는 반면, 두 번째 명제가 파악하는 보건의료정책에서는 연속성보다는 질적 변환과 차이를 말할 수 있을 것이다.

1. 사회보장적 기획과 관료적 권위주의

먼저 현 정부나 과거 정부의 정책에 공통된 점은 ‘보건의료체계의 사회보장적 체계로의 기획’이라는 목표와 ‘관료적 권위주의’라는 방법이라 할 수 있다. 여기서 사회보장적 의료체계란 모든 국민의 생존을 공평하게 배려하는 의료체계라고 할 수 있다. 정부는 이런 목표의 달성을 위해 의료사회와 시민사회의 자율을 인정하지 않고, - 의료사회의 구성요소를 세 요소, 즉 인격(Person), 행위규범(Norm), 문화(Kultur)의 차원으로 나누어 볼 때¹⁶⁾ - 의료인의 직업적 인격을 권력적으로 통제하고(아래 (1)), 의료행위규범을 관료적으로 형성하며(아래 (2)), 의료문화를 기능적으로 변형시켜 왔다(아래 (3))고 볼 수 있다.

(1) 의료인격의 권력적 통제

이러한 의료행위의 의미(론)는 의료인의 직업적 정체성을 형성하는 핵심 제도 가운데 하나이다. 그러나 이 제도는 - 의사와 환자가 만나는 임상 현장에서 자율적이며 반성적으로 형성되지 않고 - 부분적으로는 법원의 판례에 의해, 그리고 대개는 보건복지부의 유권해석에 의해 형성되어 왔다. 그리고 심지어는 의료행위의 의미에 대한 관료적 해석이 법원에 의해 의료법규범(『의료법』 제25조)으로 인정되기도 전에, 그 관료적 해석을 바탕으로 수사기관은 의료현장에서 무면허의료행위(『의료법』 제66조~제69조)나 그에 대한 교사·방조의 혐의로 수사활동을 펼치기도 한다. 더욱이 이런 수사활동은 때로는 법치 국가에 반하는 함정수사의 형태를 띠기도 한다. 다시 말해 임상현장의 의료인은 때때로 내가 무엇을 하는 사람인지를 병원에 은밀하게 들이닥치는 경찰을 통해 이해하게 되는 것이다.

이러한 의료인격의 권력적 통제는 현 정부가 실시한 의약분업에 의해 더욱 더 강화된다. 의약분업정책에 의해 의료인들은 스스로 직업정체성을 변화시켜

16) 이러한 사회의 구성요소에 대한 이해는 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II, 1981, S.182~228의 내용을 다소 변형하여 의료법영역에 적용한 것이다.

나아갈 기회를 잃어버리고, 그 대신 의약품의 오남용과 같은 의료인격의 남용을 통제하기 위한 메커니즘인 의약분업체계에 속에 강제로 편입되었다. 의약분업은 의료행위에서 의사들이 경제적 목적으로 과학기술적 권력을 환자에 대해 행사하지 못하도록, 의사와 약사를 의료행위에 관한 일종의 권력분립적 관계, 즉 상호견제와 균형의 관계 속으로 몰아넣는 것이라 할 수 있다. 또한 2000년에 제정된 『보건의료기본법』은 원래 사회체계로서 생성된 보건체계와 삶의 세계에서 자연발생적으로 형성된 의료를 하나의 거대한 사회체계 속에 통합하는 구상¹⁷⁾을 추구하고 있는데, 이 체계통합의 기획은 특히 『약사법』상의 약사중심적¹⁸⁾ 의약분업제도와 결부되어 해석될 경우엔 의사의 직능과 약사의 직능 사이의 경계를 흐려놓을 우려가 있다는 비판을 받은 바 있다. 어쨌든 이와 같은 의료인격의 고유성에 대한 권력적 침해가 지난 해 벌어진 의사파업의 가장 중요한 도덕적 이유¹⁹⁾였다고 볼 수 있다.

(2) 의료행위규범의 관료적 재생산

보건의료체계의 사회보장적 기획은 그 중심이 무엇보다도 모든 의료기관을 『국민건강보험법』상의 요양기관으로 강제지정하거나 법률(『국민건강보험법』 제40조)상 강제편입하고, 아울러 대통령령이 정하는 바에 의하여 - 실질적으로 보건복지부장관의 사전허가에 의하여 - 허용된 경우(임의비 급여) 이외에는 국민건강보험법이 정하는 의료행위 이외의 다른 의료행위를 할 수 없도록 하는 의료시장정책에 있다. 이 정책은 사회보장적 의료체계를 구축하기 위한 수단이므로 헌법적으로는 사회국가적 기획에 속한다. 이와 같은 사회국가적 의료시장정책은 탈법적인 민간의료시장의 경제적 수익성을 고갈시킨 1999년의 ‘의약품 실거래가 상한제’를 통하여 완성되었다.

보건의료정책은 이와 같은 의료시장의 사회국가화에 그치지 않고, 그런 의료시장에서 의료행위의 규범을 행정관료나 그의 조종대리인들이 권위적인 방식으로 재생산하는 데까지 나아갔다. 즉, 『국민건강보험법』상 ‘요양급여의 방

17) 이 구상에 대한 자세한 해석으로 대한의학회 주최 <의료환경 선진화를 위한 대토론회> (2000. 10. 28 서울롯데호텔)에서 내가 발표한 “법을 통한 보건과 의료의 통합?”을 참조.

18) 이렇게 보는 이유에 관해 자세한 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 120면 아래 참조.

19) 이에 대한 자세한 해석은 한국생명윤리학회 주최한 심포지움 <의사의 직업윤리: 의사 파업은 정당인가>(2000. 12. 15, 서울대 의대 분관 의학교육연수원 강당)에서 내가 발표한 “의사파업과 법”을 참조.

법·절차·범위·상한'을 모두 행정관료가 - 이제까지는 임상에서 인정되는 適正診療의 수준보다 낮은 기초진료 또는 普遍的 診療의 수준에 맞추어 - 권력적으로 정하고(『국민건강보험법』 제39조제2항), 그렇게 정해진 의료행위의 표준에서 벗어난 진료를 의료인이 임의로 행하는 것마저 금지시켰다. 아울러 이런 금지규범의 위반은 과징금의 행정법적 제재를 받거나, 부당청구 또는 이중청구라는 보험사기죄(『형법』 제347조제1항)의 유연한 변형을 통하여 형사제재를 받기도 하였다.

이와 같은 의료행위규범의 관료적 재생산에 의해 임상에서 요청되는 '적정진료' 또는 대학강단에서 전승되는 '교과서식 진료'와 '의료보험체계의 기능화에 적합한 진료' 사이에 심한 간극이 발생하게 되면, 의료인들은 임상에서 어떤 의료행위를 해야하는지에 관해 일종의 '아노미'(Anomie) 상태에 빠져들고 만다. 또한 이런 아노미 상태는, 적정진료에서 요구되는 주의의무, 때로는 그보다 더 높은 수준의 이른바 최선진료에서 요구되는 고도의 주의의무를 의료과실의 표준으로 삼는 법원의 의료사고배상판결에 의해 한층 더 심화되기도 한다. 더 나아가 그와 같은 아노미 상태에서 의사들은 민간의료기관의 기능화에 필요한 자본을 재생산하기 위해 환자에게 대해 '탈법적인 진료'나 때로는 '불법적인 진료'까지 감행하게 되며, 그런 류의 진료를 점차 '정상적인 것'으로 받아들여지게 된다. 즉, 의사들의 직업윤리적 책임의식이 점차 마비되어 가는 것이다.

(3) 의료문화의 기능적 변형

보건의료정책은 의료문화를 사회보장적 의료체계의 기능화에 장애가 되지 않도록 변형시키기도 한다. 예를 들어, 의사사회에 전승된 가부장적 의식과 환자에 대한 후견인 의식이 함께 작용한 결과물인 '윤리적 후견주의'에 의해 각인된 전근대적 의료문화²⁰⁾라는 한계는 있지만, 어쨌든 의사사회에 역사적으로 형성된 환자에 대한 대화적 태도의 의료문화는, 저수가 보험체계의 기능적 압박으로 인해, 이를테면 '단위시간당 더 많은 수의 환자를 보아야 한다'라는 식의 목표에 지향된 전략적 행동의 경향이 지배하면서 점차 파괴되어간다. 그에 따라 환자도 의사를 신뢰하지 않게 되고, 의사를 시험하는 태도로 진료에 임하게 된다. 이로써 의사와 환자 사이에 펼쳐져야 하는 치료적 대화의 장

20) 이에 관해서는 이상돈, 『의료형법』, 1998, 8면 참조.

은 의사와 환자가 서로 전략적 행동으로 마주하는 대립의 장으로 변질되는 의료문화적 변형이 발생한다. 또한 이러한 의료문화의 변형은 민사책임법(『민법』 제750조 이하)에 기초한 법원의 의료사고배상판결이 지난 20여년간 지나치게 환자보호정책에 편향됨으로 인해 더욱 더 심화되고 있다. 예컨대, 손해배상책임의 근거로 자주 등장하는 ‘설명의무’²¹⁾도, 의사들이 의학적 설명의 여부와 그 범위를 자신의 환자와 펼치는 치료적 대화의 구체적인 상황에 따라 ‘적절하게’ 조절해 온 직업문화²²⁾가 환자보호라는 정책적 표상에 의해 점령당하도록 만든다. 그리하여 뒤따를지도 모를 법적 책임을 방어하기 위해, 이를 테면 레지던트들은 의학적 설명을 극대화하는 인쇄물(송낙동의서) 위에 자필로 설명했다는 증거를 남기는 식의 도식화된 행동으로써 설명의무를 이행하는 관행이 생겨났다. 그러나 이런 관행과 함께 치료적 대화의 마당은 메말라버리고 만다. 이와 같은 ‘방어진료’의 현상은 그 밖에도 다양한 모습으로 전개되고 있다. 그 현상을 일일이 열거할 수 없을 정도이다. 이런 현상들은 비록 의사들의 윤리적 후견주의에서 연원한다는 한계는 있었지만, 어쨌든 그리 멀지 않은 과거에도 미약하나마 그런대로 남아 있던 ‘치료적 대화의 문화’가 임상현장에서 완전히 자취를 감추어 가고 있음을 말해준다.

2. 사회공학적 기획과 권위적 합법주의

현 정부의 보건의료정책은 지금까지 논의한 사회보장적 의료체계의 기획을 질적으로 한 단계 다른 차원으로 진행시키고 있다. 그 차원을 나는 사회공학적 기획이라고 부르고자 한다. 현재 추진 중에 있는 <건강보험재정안정화종합대책안>(이하 종합대책안)은 바로 이런 기획의 설계도이다. 이 기획의 설계는 물론 대선공약이었던 의약분업의 강제적 관철이 가져온 다양한 역기능적 현상, 특히 보험재정의 심화된 위기를 극복하려는 데에서 비롯된다.

21) 의료행위 자체의 과실이 없더라도 설명의무위반이 있으면 그것으로써 아예 불법행위 책임을 인정하는 판례도 계속되고 있다(예를 들어 대판 1987. 4. 28, 86다카1136).

22) 예를 들면 질병상황을 모두 설명할 경우 환자가 받을 충격이 환자의 건강상태를 악화시킬 개연성이 있는 경우 의사들은 설명하지 않았거나 보호자에게만 설명하였고, 환자에게 설명하는 경우에도 그 시기를 환자와의 치료적 대화의 상황에 따라 자율적으로 선택하는 직업문화를 들 수 있다.

(1) 의료인격의 감금

먼저 이러한 기획을 위해 정부는 의료인격에 대한 통제를 한층 더 강화한다. 그 예로서 2002년 개정의료법처럼 허위·부당보험청구 등을 의료인의 결격사유(제8조제1항제5호)나 면허의 취소·정지사유(제53조제1항제6호 및 제4항)로 삼고 있는 정책을 들 수 있다. 이 정책에 의하면 의료‘인격’ 개념은 더 이상 ‘의사가 환자와의 치료적 대화를 전개할 수 있는 의사소통적 역량을 관리하는 제도’가 아니라, ‘보험재정위기의 극복’이라는 정책목표의 도구로 기능화된다. 이렇게 의료인격을 기능화하면 의료인격을 침해하는 더 많은 조치들이 줄을 잇게 된다. 예를 들어 허위·부당청구를 확인하기 위해, ‘정보적 자기결정권’의 침해 문제를 진지하게 고려하지 않은 채 수진자조회를 마구잡이로 시행한다든지, 건강보험증의 전자카드화를 입안하기도 한다. 또한 이미 오래 전부터 규범화된 진료거부의 금지(『의료법』 제16조)는 바로 이와 같은 의료인격의 기능화 정책에 정확하게 부합한다고 할 수 있다. 왜냐하면 개정 의료법을 의료보험체계의 기능화를 위한 도구로 기획한다면, - 예컨대 ‘환자가 치료적 대화의 파트너로 부적절하다’는 주관적인 판단에 의해 진료를 거부하는 의사의 행위는 의료보험체계의 기능을 위태롭게 만드는 요소라는 점에서 - 의사의 진료거부는 논리적으로 당연히 금지되어야 하기 때문이다. 그러나 의료인격은 치료적 대화를 펼치는 역량이고,²³⁾ 그런 인격 개념은 환자와 펼치게 될 치료적 대화에 대한 전망에 따라 환자를 선택할 자유, 다시 말해 치료적 대화의 파트너를 선택할 자유를 포함하는 것이어야 한다.²⁴⁾ 그러므로 정부의 의료법정책은 진료거부금지라는 의료인격의 왜곡도 그 정책이 추구하는 기획 속에 편입시켜 사이비로 정당화시키는 기능까지 수행한다. 나는 이와 같은 지점에 이르게 된 의료인격의 현실, 그러니까 치료적 대화의 파트너를 선택할 수도 없고, 무엇을 하는 사람인지(의료행위의 의미)를 스스로 규정할 권한도 빼앗겼으며, 약사와의 직능구별도 강제당한 후, 끝내는 보험재정의 건전화를 위한 기능적 수단으로 그 직업적 정체성이 재구성되어버린 의료인격을 두고 ‘감

23) 한국의료법학회 2001년 제2회 학술세미나 <의료법개정안에 대한 법률적 검토>에서 내가 주제 발표한 “의료법 개정안: 의료체계의 기능화인가 의료생활세계의 초도화인가?” 참조.

24) 이에 대한 법이론적 분석으로 이상돈, 『의료형법』, 1998, [2]단락(진료인수와 응급의료의 의무) 참조.

육에 갇힌 의료인격'이라고 표현하고자 한다. 현 정부에 고유한 보건의료정책은 의료인격을 권력적으로 투옥시키는 것이다.

(2) 의료행위규범의 공학적 조절

의보재정을 건전화하는 정책의 중심은 의료체계의 사회공학(social engineering Sozialtechnologie)으로 만드는 기획에 있다. 정부의 <종합대책안>은 먼저 의료체계의 가치문제(또는 체제이데올로기), 그러니까 국민들이 어떤 의료서비스의 수준을 누려야 할 것인가(예: 적정진료의 개념문제), 또 그것을 위해서는 전체 사회적으로 의료체계에 얼마만한 재원이 할당되어야 하는가(예: 보험료율의 문제), 그리고 의료재정의 조달을 얼마나 시장의 기능에 맡길 것인가 하는 등의 문제(의료시장체제의 문제)를 제쳐놓는다. 또한 정부의 <종합대책안>은 적어도 외형적으로는 재정파탄의 책임을 특정 집단에게 전속시키지 않고, 의료체계의 각 주체가 가질 수 있는 도덕적 해이를 균형있게 포착하여 그것을 바로잡는 통제적 규율을 만들고, 그렇게 함으로써 현행 의료체계의 재정적 효율성을 극대화하는 것을 지향한다. 이렇게 이데올로기적으로 중립화된 재정정책은 정부(보건복지부)내에 설치되는 중앙기구(건강보험정책심의위원회)에 맡겨진다. 이 기구는 보험수지의 추이를 '계량적 분석'을 통해 면밀히 파악하면서,²⁵⁾ 보험수지의 균형을 달성하도록,²⁶⁾ 계량적 분석 결과에 따라 '그때그때' 매우 다양하고, 얼마든지 더 긴 목록을 형성할 수 있는 수입증가방안과 지출감소방안²⁷⁾의 실시여부와 강도를 '조절'한다. 이 기구는 비유

25) 『국민건강보험 재정건전화 특별법』에는 빠져있지만 2001년 동법안(이상수 의원 대표 발의) 제3항은 '보험료 및 요양급여비용은 경제성장률, 임금상승율, 소비자물가지수, 국민의료비 증가요인, 요양기관 경영분석자료, 보험재정추계 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다'고 하고 있었다. 이 점은 법률에 반영이 안되었음에도 불구하고 건강보험 정책심의위원회의 업무활동에 지침이 될 것이다.

26) 『국민건강보험 재정건전화 특별법』에는 빠져 있지만 2001년도 동법안 제3조제2항에는 "보험료, 요양급여비용, 보험급여범위 등은 보험재정의 수지균형이 이루어지는 범위내에서 결정함을 원칙으로 한다"고 규정하고 있는데, 위원회는 이러한 지침을 사실상 수용할 것으로 예상된다.

27) 2001년 정부의 <종합대책안>을 보면 재정수입의 증대방안으로 ㉠ 외래 본인부담금의 상향조정, ㉡ 지역보험료 징수율의 제고, ㉢ 소득있는 피부양자에 대한 보험료 부과, ㉣ 인미만 사업장 근로자 등을 직장가입자로 편입, ㉤ 지역보험의 국고지원, ㉥ 외부 금융권으로부터의 차입이 있고, 재정지출의 감소방안으로 ㉠ 수진자 조회, ㉡ 영리목적 대행청구 금지(의약단체대행허용), ㉢ 허위·부당청구의 처벌, 면허정지·취소, ㉣ 진찰료와 처방료의 통합, ㉤ 환자 수에 따른 진찰료·조제료의 차등화, ㉥ 주사제 처방료·조제료의

적으로 표현한다면 보험재정이 수지균형의 상태를 유지하도록 보험재정의 유·출입 밸브를 공학적으로 조절하는 중심기구라고 할 수 있다.

이러한 정부의 정책방안은 결국 의료행위의 표준을 설정함에 있어 사회보장적 의료체계의 기능화 요청을 단지 고려하는 데에서 한 걸음 더 나아가, 그 기능의 최적화를 위한 계량적 조절의 메커니즘에 완전하게 예측시키는 것이라고 할 수 있다. 다시 말해 의료행위규범은 이제 더 이상 의사가 환자의 질병을 치료하기 위해 준수해야 하는 직업윤리적 의무의 표준과는 아무런 상관도 없는, 단지 ‘공학적으로 조절되는 기능적 단위’로 전락하고 마는 것이다. 이를테면 약의 처방과 투약의 ‘의학적 적정성’이라는 의약분업의 윤리적 기획은 더 이상 중요하지 않게 되고, 약제비의 감소를 가져오는 공학적 조절만이 중요하게 되는 것이다. 여기서 진찰료와 처방료의 통합, 주사제의 분업제외, 고가의약품의 심사기준강화 등과 같은 정책이 처방과 투약의 의학적 적정성과 상관없이 추진된다. 또한 수가의 적정성을 고려하지 않은 채 수가총액을 줄이는 통계적 변환의 기법들, 이를테면 포괄수가제(DRG)의 확대, 주사제의 처방료·조제료 삭제, 야간가산을 적용시간대의 축소, 보험약가의 조정과 같은 정책도 동원된다.

(3) 의료문화의 소멸

이와 같이 의료인격을 관료주의적 통제와 규율이 엄격한 감옥에 가두어 놓고,²⁸⁾ 의료행위규범을 관료적으로 재생산하며,²⁹⁾ 그 재생산을 공학적 조절의 메커니즘에 연계시키는³⁰⁾ 정부의 보건의료정책은, 더 나아가 이미 기형화되고 있는 의료문화³¹⁾를 더욱 초토화시키며, 결국에는 의료문화의 지평 자체를 의료사회에서 소멸시킬 위험성까지 수반한다. 두 가지 점에서 이 위험에 대한 징후를 예지할 수 있다.

삭제, ㉔ 야간가산을 적용시간대 축소(18시→20시), ㉕ 건강보험증 전자카드화, ㉖ 전요양기관 EDI청구확대, ㉗ 포괄수가제 확대, ㉘ 저가약 대체조제의 인센티브제, ㉙ 보험약가의 조정, ㉚ 주사제의 분업제외, ㉛ 생동성 시험확대와 성분명 처방제도, ㉜ 처방전의 반복사용, ㉝ 고가특수장비 설치의 규제 및 공동활용 등이 있다. 또한 최근(2001.10. 현재)에는 ㉞ 총진료일수의 제한, ㉟ 의약품관리료 체감제, ㊱ 약국 조제료 수가의 통합과 단순화, ㊲ 정상분만을 제고, ㊳ 일반의약품의 비급여대상 확대, ㊴ 의료기관 약품비 절감의 인센티브제 등이 지출감소방안으로 추진되고 있다.

28) 앞의 II.1.(1), 2.(2) 참조.

29) 앞의 II.1.(2) 참조.

30) 앞의 II.2.(2) 참조.

31) 앞의 II.1.(1) 참조.

첫째, 먼저 의료체계의 사회공학적 기획이 의료사회의 자율적 참여에 의해 추진되기보다는 중앙관제센터(건강보험정책심의위원회)가 직접 자신의 기획을 규제, 통제 및 처벌과 같은 법적 수단에 의해 집행·관철하는 경향을 띠고 있음에 주목할 필요가 있다. 즉, 그런 경향의 사회공학적 기획은 의료사회의 구성원들을 의료체계의 주체에서 사회보장적 의료체계의 기능화를 위한 국가적 훈육의 대상으로 옮겨 놓는다. 그런데 이런 훈육의 이념은, 의사와 시민이 체계의 구조적 문제에 대한 비판과 저항을 저버리고, ‘정부의 말을 잘 듣는 암전한 시민’(사회학적 명칭이³²⁾) 또는 ‘경제적 동기에 따라 행위를 조종하는 인간’(경제적 인간상)이 되도록 만드는 것이다. 예컨대 저가약 인센티브제의 정책은 치료적 대화에 임하는 의사들의 ‘인식관심’이 환자와의 대화적 의사소통을 통한 질병의 치료로부터 환자와의 전략적 교류방식을 통한 금전적 수익의 확보로 이동하게 만들거나, 적어도 병리화된 의사상을 지향하게 만든다. 또한 일반의약품의 단계적인 비급여품목화나 총진료일수의 제한 정책은 수진권을 남용하는 시민상을 전제로 하여, 시민의 이성을 오로지 진료비부담이라는 경제적 이유에 의해서야 비로소 수진권을 정당하게 행사할 줄 아는 사이비 이성, 즉 ‘계산적 합리성’으로 환원시켜버린다. 그러니까 체계의 구조적 결함에 대한 비판과 저항의 이성은 마비되고, 체계에 기능적으로 순응하도록 훈련받고, 알팍한 셈에 만족하는 시민과 의사의 모습이 바로 사회공학적 기획이 도달하게 될 종착지점의 시민상이 되는 것이다. 그런 시민상이 현실이 될수록, 의사와 환자가 치료적 대화를 펼치고, 모든 시민들이 그런 대화에 기능적으로 장애가 되는 의료체계의 구조적 현상(예: 의료시장의 구조적 결함)이나 의료인들의 병리적인 하부문화(예: 군대식의 권위주의적 수련의문화)를 비판과 토론으로 변화시켜 나아갈 수 있는 문화적 역량은 점점 더 사라지고 말 것이다. 의료문제에 대한 대화적인 비판과 토론의 의사소통적 흐름이 봉쇄된 곳에서 건강한 의료문화가 재생산될 수는 없다.

둘째, 이런 의미의 의료문화에 대한 위기는 정부가 지난 해 의사들의 파업에 대해 보여준 범실증주의적 태도, 즉 ‘권위적 합법주의’³³⁾를 의료체계의 사

32) 민속학적 방법론에서 말하는 사회학적 명칭이(soziologische Depp)의 개념에 대해서는 Weingarten/Sack, “Ethnomethodologie”, Weingarten/Sack/Schenkein(Hrsg.), *Ethnomethodologie*, 1978, S.7~26; 이상돈, 『법이론』, 1997, 147면 참조.

33) 권위적 합법주의(autoritärer Legalismus)는 시민불복종운동에 대한 국가권력의 권위주의적 진압 태도를 표현한다. Habermas, “Ziviler Ungehorsam”, Peter Glotz

회공학적 기획을 추진하는 엄호수단으로 선호해가고 있는 경향에서도 읽어낼 수 있다. 의료인격에 기초한 직업윤리적 수준을 어느 정도 인정한다면, 의사의 파업은 의료체계의 매우 중대한 구조적 왜곡에 대한 비판적 공론을 표현하는 의사소통적 행위로 자리매김될 수 있다. 그러므로 집단적 휴·폐업 및 유도행위의 금지나 보건복지부장관의 업무개시명령권(『의료법』 제48조제2항)과 같이 의사의 파업을 그 원인과 의미를 살핌이 없이 무조건 처벌하는 범죄화정책은, 바로 의료문제에 대한 대화적인 비판과 토론의 의사소통적 흐름을 합법성의 이름으로 봉쇄하는 권력작용이라고 할 수 있다. 의사의 파업은 ‘실정법적 불법’과 ‘초실정적 정당성’, 그 사이에 매달아 놓을 필요가 있다. 그러므로 권위적 합법주의는 의료영역의 근본문제에 대한 공론경쟁³⁴⁾의 자유를 질서와 안전의 이름으로 지나치게 제한한다고 볼 수 있다. 공론경쟁의 자유가 체계적으로 억압된 상황에서, 그리고 의사의 파업이 불법행위로만 해석되는 상황에서 의사들은 바로 임상 의현장에서 환자들과 치료적 대화를 전개할 수 있는 도덕적 기반을 상실하기 쉽다. 파업기간 중 임상의 의사들이 치료적 대화 아니라 파업이 문제로 삼고 있는 의료체계의 구조적 왜곡을 설명하느라 전전긍긍했던 현상들은 바로 이 점을 말해준다. 다시 말해 권위적 합법주의는 의료문화의 현장을 관료주의와 법실증주의의 이념으로 뒤덮어 버리는 것이며, 그런 기후에서 의료문화는 결국 말라죽게 될 것이다.

III. 위기의 극복

그러면 이상과 같은 보건의료영역의 병리적 현상은 어떤 정책에 의한 극복될 수 있는 것일까? 이제까지 나의 설명에서 정부의 보건의료정책을 비판적으로 해석하는 거점은 바로 의사와 환자가 치료를 위해 만나는 사회적 교류의 장, 즉 의료생활영역³⁵⁾의 구성적 요소들, 그러니까 의료‘인격’, 의료행위‘규범’, 의료‘문화’가 보건의료정책에 의해 심각하게 병리화되었다는 점에 있었다.

(Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S.43; 이상돈, “시민불복 운동: 논쟁, 이론, 개념, 법제화”, 한국법철학회 편, 『법치국가와 시민불복종』, 2001, 91면 아래 참조.

34) 이 개념을 처음 사용한 이상돈, 전계논문, 134~135면 참조.

35) 이 개념은 내가 하버마스(Habermas)의 생활세계 개념을 응용하여 만든 개념이다. 하버마스의 그 개념에 관해서는 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II, 1981, 특히 S.182~228 참조.

1. 보건의료정책의 도덕적 지표

정책의 정당성은 바로 그 정책의 수신자인 - 의사를 포함하여 - 시민들이 살아가는 삶의 세계(생활세계)를 합리적으로 재생산하는 데에 있다. 그러니까 보건의료영역에서도 의료생활세계는 보건의료정책의 정당성이 검증되는 도덕적 기반이라고 할 수 있다.

(1) 치료적 대화

의료생활세계의 정언명령은 치료적 대화이다. 의사와 환자는 서로가 서로를 의심하고, 상대방을 자신의 목표를 달성하기 위한 일방적인 수단으로 만들어 버리는 '전략적 행동'에 의해서는 그 상호작용의 목표에 도달할 수 없다. 의료사고배상판결에서 흔히 볼 수 있는 바와 같이, <의료서비스와 진료비의 교환적 관계> 또는 <생산자와 소비자의 일차선형적 관계>와 같은 물적 관계로 환원된 의료관계는 바로 그와 같이 전략적으로 행동하는 의사와 환자의 모습을 상징한다. 그러나 전략적 행동은 서로에 대한 불신을 전제로 한다. 그런데 의사와 환자의 만남은 상호신뢰가 없이는 성공할 수 없다. 이것은 의료의 현장에서 일상적으로 체험하는 진실이다. 오로지 의사와 환자 사이에 상호신뢰가 구축될 때만 비로소 의사는 오로지 병을 생각하고 병의 치료를 위해 '적정한 진료', 더 나아가 '최선의 진료'가 무엇인가를 숙고하고 행동한다. 또 환자 역시 그런 상호신뢰 속에서만 의사의 치료행위에 도움이 되는 모든 정보를 제공하고, 모든 치료과정에 협조적인 태도로 임하며, 아울러 치료의 결과에 대한 강한 믿음을 갖게 된다. 그리고 바로 그런 믿음과 상호신뢰의 협동적 과정 속에서 치료는 성공적일 수 있으며, 또한 가장 극대화될 수 있다. 상호신뢰와 협동의 관계는 바로 의사와 환자가 전략적 행동이 아니라 상호이해에 지향한 의사소통과 상호작용을 펼칠 때에 비로소 형성될 수 있다. 그러므로 의사와 환자의 만남은 치료를 향한 대화적 의사소통과 상호작용, 즉 치료적 대화(therapeutischer Diskurs)이어야 하는 것이다.

(2) 의료체계의 대화적 구조화 의료생활세계의 대화적 재생산

그러나 이러한 치료적 대화의 관계는 쉽게 파괴될 수 있다. 이는 권위적 관료주의와 합법주의에 물들은 정부의 보건의료정책에 의해서 뿐만 아니라, 과

학기술적 지식권력을 남용하는 의료전문가의 직업관행에 의해서도 그러하다. 그러므로 의료생활세계는 국가권력과 지식권력 모두에 대해 그 자율성을 방어할 수 있는 메커니즘을 필요로 한다. 그런 메커니즘은 의료생활세계의 구성요소들, 즉 의료인격, 의료행위규범, 의료문화를 대화적 방식으로 재생산하는 것이라 할 수 있다. 이러한 의료생활세계의 대화적 재생산을 위해서는, 임상 의 현장에서 행위하는 모든 사람들이 각자 치료적 대화의 왜곡된 현실을 반성적 성찰함으로써 치료적 대화에 한 발짝 다가가는 노력을 아끼지 않아야 한다. 그러나 더욱 중요한 점은 보건의료체계가, 다양한 구성주체들, 그러니까 의료인과 환자, 의료공급기구와 행정관료 및 보험자, 의료소비자(시민) 그리고 그밖의 의료분야 전문가들 사이의 다원적인 비판과 토론에 의해, 끊임없이 더 나은 합의를 창출해 나아가는 방식으로 형성되고 운영되어야 한다는 점이다. 이를 의료체계의 대화적 구조화라고 할 수 있다. 여기서 주의할 점은 이런 의사소통적 흐름이 특정한 결정기구의 논의 차원으로 제도화되는 경우에는 각 주체들의 참여가 대표를 통하여 ‘간접적으로만’ 이루어지게 되는데, 이 때 특히 의료소비자(시민)의 대표는 권력화된 시민단체의 구성원이 아니라, 적어도 연령, 성별, 직업, 지역 등을 고려하여 그때그때 형평있게 선발되는 ‘시민패널’(전문가패널과 일반시민패널로 구성)이 되어야 한다는 점이다.

2. 보건의료정책의 구체적 대안

국가도 사회적 통합을 달성하고 정치적 지배권력을 정당하게 재생산하기 위해서는 보건의료정책을 펼치는 과정에서, ‘의료생활세계의 대화적 재생산’을 정언명령으로 삼고 보건의료체계를 다원적인 대화적 구조로 짜는 것을 보건의료정책의 미래적 기획으로 삼아야 한다. 이런 기획은 진정한 의미에서 - 보건의료영역에서 - 작은 정부를 실현하는 한 방안이 될 수 있다. 이는 보건의료영역이 자유방임되는 것이 아니라 합리적으로 관리되는 것을 의미한다. 물론 이와 같은 기획은, 지금처럼 병리화된 의료의 현실을 극복하고자 한다면, 의사사회에 대해서도 예외일 수 없다.

(1) 의료인격의 대화적 재생산

먼저 의료인격을 대화적 방식으로 재생산하는 정책이 시급하다. 논란이 되고 있는 대표적인 예를 몇 가지 든다면, 첫째, 의사인격을 규율하는 중심적인 법

제도(결격사유, 면허취소, 정지 등)는 의사가 환자와의 치료적 대화를 전개할 수 있는 의사소통적 역량을 관리하는 제도로 운영되어야 한다. 그러므로 예컨대 의사의 결격사유로서 형법 제317조제1항(업무상비밀누설)의 범죄를 규정한 것은 타당하지만 보험사기(제347조제1항)를 규정한 것(『의료법』 제8조제1항 제5호)은 타당하지 않다. 마찬가지로 ‘부당’한 진료비 청구를 의료업의 개설허가취소·정지(제51조제1항제8호 및 제2항 단서), 면허취소, 면허자격정지(제53조제1항제6호 및 제4항)의 사유로서 규정하는 것 역시 타당할 수 없다. 그 대신 예를 들면 허위청구는 요양기관취소사유로, 면허취소사유는 요양기관업무정지사유로, 면허정지사유는 과태료처분사유 정도로 변환하는 것이 타당하다.

둘째, 의료행위와 비의료행위는 행정관료와 사법부가 유권해석으로 규정할 것이 아니라, 의학전문단체가 만드는 지침을 기초로 하여 대화적 구조로 짜여진 의료체계가 자율적으로 정하도록 해야 한다. 여기서 의료행위와 비의료행위의 구분에 관한 지침은 이를테면 의사가 간호사나 간호조무사에게 위임할 수 있는 의료행위의 범위와 지휘·감독의 방법에 대한 세부적인 지침까지도 포함하는 것일 수 있어야 한다. 이러한 지침의 대화적 재생산은 임상의 현장에 경찰이 들이닥치거나(합정수사의 형태로) 몰래 잠입하여 의사를 상대로 의료행위의 개념을 놓고 다투는 고통스러운 촌극을 사라질 수 있게 할 것이다.

셋째, 치료적 대화는 인격의 상호적 승인을 전제로 한다. 따라서 환자가 의사를 선택할 수 있다면, 의사도 치료적 대화에 대한 전망에 따라 환자를 선택할 수 있는 권리를 원칙적으로 누려야 한다(권리와 의무의 대칭성). 따라서 의료법상 진료거부금지(『의료법』 제16조제1항)는 폐지되어야 한다.³⁶⁾ 다만 공공의료보험의 적용을 받는 요양기관은 공공의료보험계약에 따른 구속관계가 발생하므로, 계약적 법리에 의해 요양급여거부행위를 금지하는 것(현행 『국민건강보험법』 제40조제4항)은 가능하다.

넷째, 의료인격에 관계하는 직능적 정체성의 문제로서 의약분업은 현행 『약사법』처럼 더 이상 관료적 권력과 법에 의해 강제적으로 관철되어서는 안된다. 특히 시민들이 일상문화의 한 부분으로 영위해온 의·약일체의 생활문화나(의약분업에서 시민의 주체성 인정) 약사들이 오랜 세월 동안 유사의료행위를 통하여 의료영역의 일부를 자신들의 직능영역에 편입시켜 온 역사가 법제

36) 이상돈, “의사의 진료거부와 응급의료거부”, 『법학논집』 제33집, 고려대 법학연구원, 1997, 467~502면 참조.

도에 의해 하루아침에 바뀔 수는 없기 때문이다. 다시 말해 의약분업은 제도의 변화만이 아니라 문화의 변화이기도 하며, 법에 의한 문화의 급격한 변화는 무엇보다 시민사회를 위태롭게 만든다는 점에서 문제가 된다. 따라서 의사와 약사의 직능구분은 의사와 약사 그리고 시민들의 대화지향적인 의사소통적 교류를 통하여 자율적으로, 그리고 의료보험제도의 변화와 함께 점진적으로 이루어져야 한다.³⁷⁾ 이를 위해서는 ① 의사든, 약사든 또는 시민이든 의약일체 또는 의약분업의 서비스를 자율적으로 선택하여 생활할 수 있는 권리가 공평하게 주어져야 한다. 그러나 그 선택은 ② 거시적으로 의사사회와 약사사회 사이에 이루어지게 되는 직능영역의 재조정 및 직능인격의 변화와 연계되어야 한다. 예컨대 의사들의 조제포기율과 약사들의 유사진료행위(예: 혼합판매와 대체조제)의 포기율을 연동시키는 제도와 결합되어야 한다는 것이다. ③ 아울러 의약생활방식의 선택은 의약분업을 유도하는 보험수가의 차별화나 약화사고의 위험책임분배 등과 같은 제도들에 둘러싸임으로써, 장기적으로는 완전한 의약분업의 방향으로 나아가도록 유도할 필요가 있다. ④ 그리고 원래 조제·투약은 의료행위의 구성요소였다는 점에서, 의사의 직능과 기능적으로 통합된 조제·투약의 영역을 약사가 독점하게 될수록 의료문화에서 형성된 규범과 제도에 상응하는 규범과 제도(예: 조제기록, 복약상담기록 작성제도)가 약사사회에 함께 형성되도록 해야 한다. 이렇게 할 때 의약분업은 의료인격을 왜곡하지 않으면서도, 새로운 의약생활문화를 형성하는 제도개혁으로 자리잡을 수 있게 될 것이다.

(2) 의료행위규범의 대화적 재생산

먼저 의료행위규범은 - 이를테면 현행 공공의료보험체계에서 말하는 요양급여의 방법·절차·범위·상한은 - 더 이상 관료적으로 정해져서는 안 된다. 의료행위규범은, 의학전문단체가 자율적으로 제정하고 관리하는 임상의료지침(clinical practice guideline)을 기초로 말한 대화적 구조의 의료체계에 의해 자율적으로 재생산되어야 한다. 이런 재생산은 적정진료에 그 수준이 맞추어질 것이다. 따라서 현행 『국민건강보험법』상 관료적으로 정해지는 임의비급여항목은 더 이상 필요하지 않게 된다. 그러나 현재 공공의료보험의 재정

37) 더 자세한 것은 이상돈, “의약분업과 법정책”, 『인권과 정의』 제289호, 2000.9, 146~158면; 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 제3장 참조.

조달수준으로는 이런 의료행위규범을 현실화시킬 수 없다.

여기서 의료재원을 확대하는 의료시장의 확대개편이 필요하게 된다. 바꿔 말해 현행 공공의료시장 외에 민간의료시장의 형성을 ‘합법적’으로 보장하여야 한다. 이를 위해서는 먼저 ① 요양기관강제(또는 당연)지정제는 폐지하여야 한다. 다시 말해 공공의료보험의 요양기관으로 활동할지 아니면 오로지 민간의료시장에서만 활동할지 또는 두 시장 모두에서 활동할지를 의료기관의 자유선택에 맡겨야 한다(의료기관의 시장선택권). ② 또한 공공의료체계(최소진료에 지향된 의료보호와 기초진료에 지향된 국민건강보험)가 보장하지 못하는 의료에 대해서는, 적정진료를 보장하는 민간의료보험이나 최선진료를 지향하는 사적인 의료계약을 인정함으로써 그 재정을 조달할 수 있게 할 필요가 있다.³⁸⁾ 그러나 이처럼 민간의료시장이 활성화되면, 공공의료시장만 허용하고 의료행위규범을 관료적으로 재생산하는 현행 의료체계와는 정반대의 부정적 결과, 즉 의료불평등이 초래될 위험이 있다. 의료생활세계의 심각한 병리화를 가져온 관료적 권위주의에 의해 각인된 공공의료체계가 ‘의료평등’의 이념 아래 그리고 ‘시장의 실패’³⁹⁾라는 논리로써 정당화될 수 없는 것과는 정반대로, 민간의료시장의 형성이 초래하게 될 의료불평등의 결과도 ‘의료자유’(효율)의 이념 아래, 그리고 ‘정부의 실패’⁴⁰⁾라는 논리로써 정당화될 수는 없다. ③ 이와 같은 의료시장의 확대개편이 감행되면 의료의 자유와 의료의 평등을 변증적으로 지양하는 메커니즘이 필요하며, 그것의 핵심은 대화적 의사소통과 상호작용이다. 즉, 공공의료보험체계든 민간의료보험체계든 그 체계에 참여하는 모든 주체들간의 대화지향적인 의사소통과 상호작용에 의해 그 체계를 형성하고 운영하도록 하는 것이다. 그런 점에서 보면 예컨대 현행 『국민건강보험법』이 마련해 놓고 있는 일그러진 수가계약제는 더욱 의사소통적인 구조(예: 계약실패의 경우 중재제도)로 개편되어야 함은 물론이고, 공공의료보험도 거대 보험자조직이 독점해서는 안되며, 오히려 다원화된 의료보험조합에 경쟁적으로 분점되어야 할 뿐만 아니라, 민간보험자의 참여도 허용되어야 한다. 또한 도입되어

38) 의료시장체계의 개혁에 관해서 포괄적인 전망으로 박형욱, “한국 의료법체계의 성격과 역사적 변천”, 연세대학교 박사학위논문, 2000 참조.

39) 이에 관해서 양봉민, “우리나라 의료제도의 구성과 성과”, 『건강보장연구』 제1호, 한림대 사회의학연구소, 1997, 11~12면 참조.

40) Wolf(“A Theory of Nonmarket Failure”, *Journal of Law and Economics*, 1979 Apr., p.107~132)의 분석에 힘입어 정부의 실패를 분석해내는 견해로 조병희, 『의료문제의 사회학』, 1999, 287면 참조.

야 할 민간의료보험도 민간보험회사들이 수익성경쟁을 펼치는 새로운 시장이 되어서는 안되고, 의료공급기구와 의료소비자가 함께 그 시장의 형성과 운영에 참여하는 자율확대의 제도로 짜여져야 한다. ④ 물론 공공의료체계와 민간 의료체계의 관계조정에는 국가와 법의 역할도 필요하다. 자유시장 위에서 자본이 펼치는 힘은 의료에 있어 사회보장적 기획을 그 뿌리부터 흔들어 놓을 수 있을 정도로 거대해질 것이기 때문이다. 그러므로 공공의료체계가 여전히 의료체계의 중심이 되도록 그 성장과 안정을 유도하는 정책이 요구된다.⁴¹⁾ 이런 정책에는, 의료기관의 시장선택권과는 달리, 시민들로 하여금 자신들이 곧 수혜자인 공공의료보험에 계속 의무적으로 가입하도록 하는 것도 포함된다.

이처럼 다원적인 의료보험 및 의료시장체계가 터잡게 되면 각 시장간에는 대화적인 상호작용의 관계가 형성될 수도 있을 것이다. 예컨대 만일 공공의료보험의 기능이 민간의료체계에 비해 약화되면, 시민사회로부터 공공의료보험의 재정규모를 확대하라는 요구가 사회적 통합의 논리를 배경으로 점점 더 강하게 옹터 오르게 되고, 또한 정치체계는 바로 그런 공론의 변화를 바탕으로 보험료를 인상하면서도 권력의 재창출을 도모할 수도 있게 된다. 즉, 의료체계의 정언명령(예: 수가인상)과 정치체계의 정언명령(권력의 재생산)이 조화될 수 있게 되는 것이다.

(3) 의료문화의 대화적 재생산

의료인격과 의료행위규범의 대화적 재생산은 장기적으로 보면 의료문화가 대화적으로 재생산되지 않고서는 가능할 수 없다. 그러므로 먼저 보건의료정책은 의사와 환자의 관계가 치료적 대화의 관계로 나아가도록 의료관계의 모든 주체들이 자신의 행위를 전략적 행동으로부터 대화지향적인 행동으로 전환하는 반성적 성찰을 전개하도록 끊임없이 유도하고, 또 그렇게 할 수 있는 사회적 공간을 마련하는 것이어야 한다. 이를 위해서 법은 의사와 환자 모두가 서로를 경제적 동기로 생각하고 행동하는 인간상으로부터 벗어날 수 있는 의사소통적 조건을 마련하는 데 힘써야 한다. 그러므로 경제적 인센티브로 치료적 대화를 얼룩지게 만드는 정책들, 저가약 인센티브제나 일반의약품의 비급여품목화 및 총진료일수의 계량적 제한 등의 정책은 철회되어야 한다.

41) 이상에 관해 더 자세히는 이상돈, “의료시장체계의 법제화방향”, 『법제』 통권 제518호, 2000. 12, 3~18면; 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 제2장 참조.

더 나아가 의료행위가 실패로 끝날 경우에 의사와 환자 사이에 펼쳐진 ‘치료적 대화의 장’이 경제적 이익의 극대화라는 동기로 얼룩지는 치열한 ‘전략적 행동의 장’으로 전환되지 않도록 해야 한다. 그렇게 되지 않는다면 의사와 환자는 처음부터 치료적 대화의 관계 속으로 들어가기 어렵게 되고, 또 그렇게 하려고 하지 않을 것이기 때문이다. 방어진료의 현상이란 바로 이 점을 말해주는 것이다. 그러므로 예를 들어 의료행위의 위험을 의사에게 전가시키는 의료사고배상판결의 경향은, 민사책임법(『민법』 제750조 이하)의 고유한 규범적 구조가 유지될 수 있도록 철수되어야 하고, 의료사고로 인한 분쟁은 최대한 상호이해지향적인 대화적 과정으로 짜여질 필요가 있다. 의료분쟁조정은 그런 제도화의 핵심이 된다. 즉, 의료분쟁조정제도는 의료분쟁을 의사와 피해 환자가 동등한 입장에서 자율적으로 해결하는 하부체계의 하나를 이루는 것이어야 한다. 이를 위해서 ① 분쟁조정기구는 정부나 사법부의 대리인이 아니라 의료체계에 참가하는 다양한 민간인들로 구성되어야 한다. ② 또한 사법체계와는 달리 의사에게 귀속되는 책임은 과실책임이 아니라 위험책임이어야 하고, 이 위험책임은 그 부담을 사회적으로 분산하는 의료사고배상책임보험제도와 결합되어야 한다. 여기서 주의해야 할 점은 의료사고배상책임보험은 비행기사고보험처럼 무과실 의료사고에 대해서 보상하는 보험(가칭 『의료사고보험법』⁴²⁾)과는 구별된다는 점이다. 즉, 분쟁조정에 의한 배상은 의사의 위험책임에 기초하며, 정의의 원칙(손해를 야기한 자가 손해를 전보해야 한다!)은 배상기금의 형성책임을 의사들이 짊어질 것을 요구한다. 즉, 배상책임보험료는 의사들이 직접 지불해야 한다.⁴³⁾ 또한 ③ 분쟁조정체계가 자율적이기 위해서는 조정제도가 소송과의 상호작용 속에서 자기반성적인 변화를 도모할 수 있어야 하고, 이를 위해서 조정과 소송의 선택권이 여전히 환자에게 주어져야 한다(조정전치주의의 배제). 시민들이 소송을 더 선호하는 경향은 조정제도의 반성적 변화를 촉구하고, 조정을 더 선호하는 경향은 소송의 반성적 변화를 촉구하는, 그런 식의 대화적 상호작용구조가 있을 때 비로소 조정은 대화적인 분쟁해결의 하부체제로 자리잡을 수 있기 때문이다. 그리고 ④ 형사책임은 중

42) 대표적인 예로는 뉴질랜드에서 1972년에 제정된 사고보상법(The Accident Compensation Act)을 들 수 있다.

43) 이에 반해 보험료를 의료보험료에 산입시켜야 한다는 견해로 김정동, “의료배상책임제도의 현황과 문제점”, 한국의료법학회 편, 『의료법령 및 의료판례연구회 연제집』, 2000. 6. 16, 44~45면.

대한 의료과실에 대해서만 적용되어야 한다. 형법의 과도한 개입은 의사의 대화적 태도를 완전히 초토화시키기 때문이다. 반면, 중과실의 사유를 열거적으로 도식화해놓고 그 이외의 모든 의료사고에 대해 공소권을 소멸시키는 정책은, 의학적으로 타당하지 않을 뿐만 아니라⁴⁴⁾ 환자측의 협상력을 지나치게 약화시킴으로써 분쟁해결의 대화적 구조를 일그러뜨릴 뿐만 아니라 사고예방기능의 지나친 저하를 초래할 수 있다.⁴⁵⁾ 그러므로 중과실에 대한 형사책임은 - 의료사고배상이 대개 책임보험이나 사고보험에 의해 이루어질 경우에는 더욱 더⁴⁶⁾ - 존속시키고, 법원이 최종적으로 판단하되, 임상의료지침으로부터의 현저한 이탈만을 형사과실의 표준으로 삼아야 할 것이다.

또한 이제까지 설명한 보건의료정책의 도덕적 기획, 즉 의료체계의 대화적 구조화를 통한 의료생활세계의 대화적 재생산이 국가의 보건의료법정책에 현실화되기 위해서는 비판과 토론의 문화가 성장하여야 한다. 특히 현실 속의 행정관료나 정치인 또는, 의료전문인들은 정치적·권력적, 경제적 이해관계에 따라 행동하기 마련이기 때문에, 행정관료, 정치인 및 의료전문인들을 의료생활세계의 대화적 재생산이라는 도덕적 기획으로 유도할 수 있는 사회적 메커니즘이 필요하다. 그 메커니즘은 기능적인 것이 아니라, 다시금 의사소통적인 것이다. 즉, 보건의료영역의 근본문제들에 대해 모든 시민들이 다양한 의견과 의사를 개진하는 의사소통적 흐름이 시민사회에 끊임없이 일어나고, 매스컴⁴⁷⁾(예: 대중매체, 의료관련언론 등)이나 정당 또는 각종 사회단체들에 의해 그런 의사소통적 흐름이 좀더 조직화된 형태로 공적인 토론의 장으로 넘어 들어와, 그곳에서 끊임없이 ‘설득력 있는 논거’에 의해 무장된 주장들이 더 광

44) 이에 관해서는 정효성, “의료분쟁해결의 법제화에 대한 연구”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 1998, 37~38면 참조.

45) 이에 관해서 자세하게는 이상돈, 『의료형법』, 1998, [1]단락 <의료분쟁해결의 법제화와 형법의 임무> 참조; 형사책임의 존속은 배상책임보험제도가 의료과실행위자에게 발휘할 수 있는 사고방지기능이 비교적 약하고, 따라서 벌과금(fine)을 병과하자는 주장(박세일, 『법경제학』, 1994, 3331면)과도 같은 맥락에서 바라볼 수 있다.

46) 이 경우 현재 불법행위책임에 의해 의사에게 무거운 손해배상책임을 부과하는 경우와 비교하면 상대적으로 사고예방기능이 저하되기 때문이다. 이 경우 특히 형법의 보충적인 사고예방기능이 요구된다. 이와 같은 형법의 독자성 및 필요성에 대해 Frehsee, “Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht”, *KrimJ* 1986, S.105~114 참조.

47) 의료정책과 관련한 언론기사의 초점이 이해집단 간의 갈등과 대결 국면이 아니라 의료정책에 대한 해설과 정보 제시에 맞춰져야 한다는 견해로 김철중, “의료정책과 언론의 역할”, 『대한의사협회지』 제45권 제3호, 2002, 268~269면 참조.

범위한 동의를 경쟁적으로 창출해 나아가는 공론경쟁의 영역이 확고하게 형성되어야 한다. 이를 ‘의료공론영역’이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 의료공론영역에서 광범위한 동의를 이끌어 내는 주장들, 바꿔 말해 공론경쟁력이 가장 높은 주장들은 그때그때 정치체계로 하여금 그 주장들을 보건의료법의 내용으로 전환시키지 않을 수 없는 힘(의사소통적 권력)을 발휘할 수 있을 것이다. 이와 같이 <시민사회(의료사회)의 자유로운 의견개진(의료생활세계) → 비판과 토론의 공론(의료공론영역) → 공론경쟁력이 있는 주장의 정치적 영향력(정치체계) → 법제도화(법체계) → 시민사회의 자유로운 의견개진 → …… → 법제도화>의 의사소통적 교류의 나선형적 순환이 작동하는 의료문화를 ‘대화적 의료문화’⁴⁹⁾라고 할 수 있다. 권위적 합법주의에 물든 보건의료정책은 바로 이런 대화적 의료문화에 역행할 뿐만 아니라 파괴적이기까지 하다. 그러므로 자유로운 비판과 토론, 공론경쟁으로서 펼쳐지는 실정법의 불복종을 명확하게 불법화하는 정책은 지양되어야 한다.

마지막으로 현정부의 사회공학적 보건의료정책 앞에서 의료인들이 느꼈던 무기력함이란, 의사출신 행정관료나 국회의원의 배출에 소홀히 했던 정치적 역사에서 비롯되는 것이 아니라, 궁극적으로는 바로 이와 같은 의료공론영역의 성장에 무관심했던 의료문화에서 비롯된다는 점이 강조되어야 한다.⁵⁰⁾ 보건의료사회의 위기 앞에 우리가 되돌아보아야 할 점은, 행정관료의 권위적 관료주의나 의료전문가의 과학기술적 독단 또는 시민단체의 윤리적 엘리트주의에 물든 계량적 분석과 공학적 조절이 아니라, 바로 이와 같은 대화적 의료문화가 우리 사회에 얼마나 성장해 있는가, 왜 그토록 아직도 성장이 부진한 것인가, 그리고 어떻게 하면 성장시킬 수 있을 것인가 하는 문제들이다. 보건의료정책은 바로 그런 대화적 의료문화 속에서 경쟁하는 공론의 흐름과 그 역사적 변화에 조용할 때 도덕적으로 정당하고, 정치적으로 권력을 재생산할 수 있으며, 또 경제적으로도 비로소 효율적일 수 있을 것이다.

48) 의료공론영역이란 개념은 내가 하버마스의 공론영역(Öffentlichkeit) 개념을 응용하여 만든 것이다. 하버마스의 그 개념에 대해 자세한 것은 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990; 이상돈·홍성수, 『법사회학』, 2000, 158면 아래 참조.

49) 이 개념에 대해 더 자세한 것은 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 35~46면 참조.

50) 송호근 교수도 비슷하게 의료계의 정치권과의 교섭력 강화가 아니라 의료계가 모든 시민사회의 영역에 대화를 위한 교두보를 설치하는 것임을 강조한다(송호근, “의료정치와 정치 참여”, 『대한의사협회지』 제45권 제3호, 2002, 254면).