

보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용*

배현아** · 김효신*** · 강민아****

차 례

- I. 서 론
- II. 우리나라 보건의료법제에서 건강과 의료행위에 대한 인식
 - 1. 보건의료법제에서 건강 개념
 - 2. 보건의료법제에서 의료행위 개념
- III. 건강과 의료행위 개념이 반영된 보건의료법제의 변화
 - 1. 건강 개념 변화를 반영한 보건의료법제의 변화
 - 2. 의료행위의 개념 변화를 반영한 보건의료법제의 변화
- IV. 결론: 법시스템 확대를 통한 정책적용

* 이 논문은 2012년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A3A2033416)

** 이화여자대학교 법학전문대학원 조교수

*** 이화여자대학교 생명윤리정책협동과정 석사과정

**** 이화여자대학교 사회과학대학 행정학과 부교수

접수일자 : 2013. 4. 30 / 심사일자 : 2013. 5. 30 / 게재확정일자 : 2013. 6. 4.

I. 서론

‘건강(health)’은 보통 질병의 부재라는 자연과학적인 개념으로 이해되곤 한다¹⁾. 그러나 이러한 이해방식은 건강 개념을 총체적으로 설명하지 못한다. ‘건강’이란 그 어원에 있어서 원래 ‘완전한’, ‘상처 없이 치유된(heil)’, ‘온전한(ganz)’의 의미를 담고 있다. 세계보건기구의 건강 개념 역시 신체적, 정신적, 사회적, 도덕적, 영적 등의 범위를 포함하고 있어서 복합적인 개념으로 정의되고 있다.²⁾ 마찬가지로 건강하지 않음을 의미하는 질병에 대한 개념 역시 고통이라는 육체적 상태를 넘어 정신적 사회적 차원으로 이해되어야 하는 개념으로 심리적 가치적 사태를 포함하고 있는 개념일 수밖에 없다.³⁾ 마찬가지로 건강을 유지하고 증진하고자 하는 의료행위의 개념 또한 단순히 질병을 제거하는 기술적 의미보다 포괄적인 차원에서 이해될 필요가 있을 것이다.

보건의료관계 법제는 기본적으로 건강과 의료행위에 대한 개념의 이해를 기반으로 한다. 건강이나 의료행위 개념에 대하여 입법자, 정책입안자와 국민들이 어떻게 인식하고 있는지에 따라 입법과 정책의 방향성이 달라지기 때문이다. 건강(health)의 개념과 함께 ‘의학적 필요성(medical necessity), 필수적인 영양급여(essential health benefit)’에 대하여 법이 어떻게 정의하고 인식하는지에 따라 건강보험과 같은 보건의료정책의 방향성이 달라진다는 것은 최근 미국에서 이러한 개념변화를 정책입안자를 포함하는 입법자와 국민이 어떻게 인식하는지가 미국 건강보험개혁과 관련된 법률의 제·개정에는 큰 영향을 주었던 예에서도 확인할 수 있다.⁴⁾

1) 이 개념은 생의학 모형에 자리 잡고 있는 현대 서양의학의 질병에 대한 가정이 이와 관련이 있고 건강이 보편적 진리로 건강개념을 상대적인 것이 아닌 절대적인 개념으로 인식하는 개념이다. 이러한 건강에 대한 인식은 건강을 달성 또는 유지·증진시키거나 하는 등의 전략 또한 동일하게 범국가적, 범인종적, 범문화적 및 범시대적인 것으로 인식하는 것이다.

한국보건사회학회 편, 사회변화와 보건복지, 태일사, 2000, 19쪽

2) 이학준, “건강개념: 오해와 이해”, 『한국체육학회지』제45권 제1호, 한국체육학회, 2006, 114쪽

3) 김정현, “니체의 건강철학-병과 건강, 치료의 개념을 중심으로”, 『니체연구』제7집, 한국니체학회, 2005, 141쪽

그러나 우리나라 보건의료법제에서는 건강이나 의료행위에 대해 제정법을 통한 구체적이고 명시적인 개념의 제시 혹은 뚜렷한 정의 없이 단순히 사회변화에 대한 대응으로서 개별적인 판례를 통해 법적인 개념을 정립해 온 특징이 있다. 또한 의료법에서는 의료행위의 개념을 의료행위(행위성)라는 차원 이외에 의료인(주체성), 의료기재(수단성)을 포함한 세 가지 차원에서 판단하려고 시도하였으나 이것이 순환 논리적 구조를 보여줄 뿐이라는 비판도 있어 왔다.⁵⁾ 이러한 입법적인 특징은 ‘건강’ 또는 ‘의료행위’ 자체가 가진 특성 상 법률적으로 정의를 내리는 것이 입법기술적으로 어렵고 매우 빠르게 변화하고 있는 의료영역의 특성과 이를 신속하게 반영하기에는 입법절차 상 어려움이 있을 수밖에 없기 때문으로 이해된다. 그러나 보건의료법제 내에서 건강과 의료행위의 구체적이고 명확한 개념의 제시 혹은 이를 반영한 입법은 매우 중요하다. 그러나 앞서 언급한 건강과 의료행위의 개념은 유동적이며 가변적인 개념으로 인식된다. 이러한 유동적이고 가변적인 개념 변화를 이해하기 위하여 건강과 의료행위의 개념이 우리나라 보건의료법제에서 연혁적으로 어떻게 인식되어 왔는가를 이해하는 것은 매우 중요하다. 그럼에도 불구하고 이러한 문제를 체계적으로 고찰한 연구가 거의 없었다.

이에, 이 연구에서는 우리나라 보건의료법제에서 나타난 건강과 의료행위에 대한 법적 정의를 살펴보고, 이러한 개념들이 한국 사회의 사회문화적 변화와 보건의료제도의 변화에 따라 어떻게 진화해왔는지, 나아가 보건의료법제에 대한 연혁적 검토와 판례의 변경에 대한 해석 등을 통하여 실제로 이러한 건강과 의료행위 개념의 변화가 보건의료법제 내에서 어떻게 반영되어 왔는지에 대하여 연구하였다.

4) B. Jessi Hill, “What is the meaning of health? constitutional implications of defining ‘medical necessity’ and ‘essential health benefits’ under the Affordable Care Act”, *American J of Law&Medicine* 38, American Society of Law, Medicine & Ethic, 2012, p449-453

5) 이상돈·김나경, 의료법 강의, 법문사, 2009, 2,51쪽

II. 우리나라 보건의료법제에서 건강과 의료행위에 대한 인식

1. 보건의료법제에서 건강 개념

건강개념은 사회문화적 변화와 그 시대의 상황에 따라 그 의미가 확장, 변화될 수도 있고, 같은 시점에 존재하더라도 한국의 전통적 건강개념과 서구의 건강개념에 따라 각각 다르게 인식될 수도 있다.⁶⁾ 건강은 개인이 다양한 가능성을 선택하고 확장해나갈 수 있는 기회를 마련하며 그들이 놓인 환경을 관리 및 변화시킬 수 있는 능력을 제공한다.⁷⁾ 인간이 그들의 삶에서 만족을 얻고, 선택할 수 있는 기회를 의미하므로 건강은 그들의 환경을 관리하고 변화시킬 수 있는 능력을 제공하는 하나의 자원이다. 또한 인간은 전인적 존재로서 환경과의 상호작용 속에서 끊임없이 변화하는 존재이기 때문에 건강개념은 인간의 일부분에서 도출하여 인식될 수만은 없다.⁸⁾ 건강개념을 생물-심리-사회-양적 수준의 다차원적, 전인적 관점의 건강개념으로 제안하며 건강은 질병이 없는 상태라기보다 일생을 통해 끊임없이 추구해야 할 완전성과 온전성으로 보는 관점도 있다.⁹⁾ 건강은 인간의 행복한 삶이나 질적인 삶을 누리기 위한 수단적인 의미도 있고 건강 그 자체가 달성하고자 하는 목적이 될 수도 있다.¹⁰⁾ 일반적으로 통용되는 건강에 대한 생각은 수단으로서의 건강 개념이다. 즉 행복이나 질적인 삶을 누리기 위해 또는 특정 사회인으로서 사회가 요구하는 역할을 하기 위한 일상생활의 자원이나 도구가 건강이라는 것이다.¹¹⁾ 이

-
- 6) 한국의 전통적 건강개념은 원리지향적, 측정하기 쉽지 않은 추상적 개념, 환경 즉 자연에 순응한 상태 등으로 정의되고 있고 반대로 서구의 건강개념은 현상지향적, 실증적 개념으로 환경에 긍정적으로 적응한 상태를 건강하다고 정의하는 차이를 보인다. 양진향, “한국의 전통적 건강개념에 관한 고찰”, 『대한간호학회지』제30권 제1호, 대한간호학회, 2000, 72-83쪽
 - 7) 이광옥, “한국인의 건강개념”, 『간호대학 학술 심포지움 자료집』, 이화여자대학교 간호학연구소, 1989, 43쪽
 - 8) 이광옥, 위의 논문, 43쪽
 - 9) 김교현, “전인적 건강과 시스템 이론” 『사회과학논총』제10권, 충남대학교 사회과학연구소, 1999, 55쪽.
 - 10) 한국보건사회학회 편, 앞의 책, 20쪽.
 - 11) 한국보건사회학회 편, 앞의 책, 20쪽.

처럼 건강개념 즉 건강을 어떻게 보느냐에 따라서 개인의 삶의 방향이 달라질 수도 있고 사회가 어떻게 인식하느냐는 그 사회가 추구하는 방향이 달라지게 할 수 있다.

본 논의에서 주목할 점은 ‘건강을 보는 관점’이라는 용어가 건강 개념의 시간적, 공간적, 영역적 상대성을 시사하고 있다는 것이다. 건강을 사회문화적 특성에 기인한 산물로서 상대적인 개념으로 인식하는 관점은 건강이 우리가 대상으로 하는 인간집단과 관련된 여러 요인들과 상호작용하며 끊임없이 역동적으로 변화하는 개념이라는 것을 의미한다.¹²⁾ 이는 건강 개념을 인식하는 주체에 따라서 그 초점을 어디에 중점적으로 두느냐에 따라 달라질 수 있다는 것을 의미한다. 이때 그 주체는 한 개인일 수도 있고 어떤 학문의 분야일 수도 있다.

그렇다면 법학에서 보는 건강을 보는 관점은 어떠할까. 법학에서 건강을 보는 관점은 건강을 헌법 상 건강권에 대한 대상으로 보는 것이다. 대한민국 헌법은 건강권을 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리에 기반을 둔다. 이에 대하여 헌법에 직접적인 명시는 없으나 사회국가원리를 헌법의 지배원리로 이해되고 있으며 우리나라에서도 건강권 및 의료접근권으로부터 파생되는 사회보험수급권과 관련하여 사회국가원리를 지지하고 있다.

구체적으로 우리 헌법재판소는 의료행위의 사회적 기능이나 사회적 연관성에 대하여 ‘의료인이 의료공급자로서의 기능을 담당하고 있고, 의료소비자인 전 국민의 생명권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관의 의료행위에 의존하고 있으므로 그 비중이 매우 크다’고 명시적으로 밝히면서 의료행위의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 중요성을 강조한 바 있다.¹³⁾ 특히 이 결정에서 현재는 보건의료관계법령 중 대표적인 법률인『국민건강보험법(구 의료보험법)』에 대하여 개인이 기본권 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓이는 경제적 활동을 규제하는 ‘사회·경제 정책적 법률’이라고 언급한 바 있다.¹⁴⁾ 이는 국민건강보험법이

12) 한국보건사회학회 편, 앞의 책, 19쪽

13) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 99헌바76

14) 헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76

헌법 제34조 제1항에 의한 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중 사회보장수급권 보장을 위한 국민건강보험제도의 시행을 위한 것이기 때문이며,¹⁵⁾ 더 나아가 요양급여의 기준을 법적으로 규정함으로써 불필요한 요양급여를 방지, 요양급여 비용의 합리성 확보를 통한 최대한의 건강보험 혜택 보장을 목적으로 하기 때문이다. 이러한 목적을 달성하기 위해 법이 요양급여의 기준을 법정하도록 규정한 것은 불필요한 요양급여를 방지하고 요양급여의 비용의 합리성을 확보하여 한정된 건강보험 재정으로 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자하는 목적의 법률이기 때문이다.¹⁶⁾

헌법적 근거 하에서 우리 국민의 기본권으로 인식되어온 건강권은 국민건강보험법과 같은 개별 법령 즉 보건의료관계법령으로 구체화된다. 헌법적 권리의 법률에 의한 구체화 과정은 해당 국가가 처한 여러 제반 법률여건과 사회문화적 환경에 따라 그 해석과 적용이 달라진다.¹⁷⁾ 따라서 우리나라 보건의료체계에 대한 고려가 필수적이며 건강권과 의료수급권을 어떻게 인식하는지에 따라 사회국가원리를 실현하는 과정에서 발생할 수 있는 사적자치와 계약자유의 제한으로 인해 갈등 등이 발생하기도 한다.¹⁸⁾

법학적 관점에서 인식하는 건강에 대한 개념은 보건의료법제 각각의 입법목적에서도 확인할 수 있다. 건강을 수단으로 생각하는 일반적 인식과 달리 보건의료법제는 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 인식하고 각 보건의료관계 법령의 건강과 관련된 입법 목적 달성을 통해 건강권을 확보하고자 한다. 대표적으로 『의료법』은 그 입법목적에 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데”에 두고 있다(의료법

15) 헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76

16) 헌법재판소 2007.8.30. 선고 2006헌마417 결정

17) 김희성, 홍은경, “건강권 및 의료접근권에 대한 비교법적 고찰”, 『강원법학』제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 251-2쪽.

18) 이와 관련하여 헌법재판소는 요양기관 강제지정제가 의사의 직업 활동의 자유 등을 침해하는가에 대한 문제에서 침해사실을 부인하지는 않았으나 사회국가원리를 토대로 하여 당시에는 국민건강보험제도의 유지를 위한 요양기관 확보 및 건강보험제도의 사회적 기능과 사회연관성을 고려하여 위헌판정을 하지는 않았다.

[헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76]

제1조).

이처럼 우리 법에서는 목적으로서 ‘건강을 보호’해야 하는 대상 뿐 아니라 ‘건강증진’의 개념을 포함하고 있다. 건강증진이란 건강한 상태의 연장으로 지속적인 상태 또는 연속선상에 있는 개념이다. 『국민건강증진법』은 그 입법목적에서 “국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강을 증진함”을 목적으로 한다고 명시적으로 밝히고 있다.¹⁹⁾ 건강증진을 위한 활동들을 보건의료법제에 담아내는 것은 건강에 대한 이해가 현재의 상황에만 그치지 않고 미래지향적으로 이루어지고 있음을 보여준다. 이러한 미래지향적 관점은 정책으로 구체화될 때에도 적용되어야 하는 중요한 관점이다.

이는 또한 법에서 건강 개념을 인식하는 과정에서도 시간적인 고려가 이루어져야 함을 의미한다. 건강을 일시적인 순간에서 바라보느냐 혹은 지속적인 시간의 연속선상에서의 개념으로 보느냐에 따라 법적 해석이 달라질 수 있다. 우리나라 보건의료법제 내에서 사용되는 건강함 또는 건강하지 않음의 개념에도 진단서의 작성과 같은 ‘현재성’을 고려한 판단과 장애 판단과 같은 ‘지속성’을 고려한 개념이 함께 존재한다.²⁰⁾ 따라서 법

19) 이 법의 대상이 되는 “국민건강증진사업”이라 함은 보건교육, 질병예방, 영양개선 및 건강생활의 실천 등을 통하여 국민의 건강을 증진시키는 사업이고, 여기서 “보건교육”이라 함은 개인 또는 집단으로 하여금 건강에 유익한 행위를 자발적으로 수행하도록 하는 교육을, “영양개선”이라 함은 개인 또는 집단이 균형된 식생활을 통하여 건강을 개선시키는 것을 말하는데 공히 현재의 상황을 유지하거나 현재의 건강을 보호함과 동시에 미래지향적인 시간적 개념을 포함하는 활동들을 대상으로 한다.

20) 『의료법』상 의사에게 부과된 진단서와 처방전 작성 교부의무, 진료기록부 성실기재 의무 등은 진료행위가 이루어진 시점 즉 현재적 상황이 반영되어야만 한다. 그러나 의료의 특성 상 환자의 건강 상태 변화가 있을 경우 해당 시점에 추가적 기재는 가능하다.

반대로 『장애인복지법』은 장애인을 정의하면서 신체적·정신적 장애로 ‘오랫동안’ 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자로(장애인복지법 제2조) 장애인, 법정대리인 또는 장애인을 보호하고 있는 장애인복지시설의 장, 그 밖에 장애인을 사실상 보호하고 있는 자가 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 ‘등록’하여야 한다.(장애인복지법 제32조) 장애인 등록은 장애의 정도에 따라 장애 인정과 등급 사정(査定)이 가능하기 때문에 ‘장애란 상당한 기간 상태변화가 없는 지속적인 상태를 의미하며 시간적인 지속성이 반영된 개념’을 두고 있는 예로 적용될 수 있다.

적인 건강개념 인식과정에서도 현재 또는 과거의 일정 시점에 대한 인식 인지 장애판정과 같은 지속적인 상태에 대한 법적인 판단인지 여부가 함께 고려되어야 한다.

2. 보건의료법제에서 의료행위 개념

의료행위는 건강을 유지, 증진시키는 것을 목적으로 하며 따라서, 건강을 어떻게 정의하느냐에 따라 의료행위에 대한 정의가 달라질 수 있다. 따라서 우리나라 보건의료법제 내에서 의료행위가 어떻게 인식되는가에 대한 고찰은 보건의료법제 내에서 건강을 어떻게 인식하는가를 이해하는 데 중요한 역할을 할 것이다.

우리나라 현행 의료법에는 “의료행위”라는 용어를 사용하는 조문들이 많음에도 불구하고 그 개념은 사실상 명확하게 정의되어 있다고 볼 수 없다.²¹⁾ 의료행위에 대한 법적 정의는 의료법 제12조 제1항의 규정에 의한 “의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”로서 이는 건강에 대한 개념에 기초하기 보다는 추상적·형식적 방식으로 제시된 이른바 명시적 규정이라고 할 수 있다. 다만 의료행위의 구체적인 내용은 그동안 입법자가 아닌 법원의 판례 또는 행정부의 유권해석에 의하여 형성되어 왔다고 볼 수 있다. 결국 대법원의 판례에 의해 구체화되는 해석과정을 거쳐 현재에는 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에(또는 이외에도) 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”로 정의된다.²²⁾

대법원은 과거 콧날세우기 등의 미용성형수술은 의사만이 할 수 있는 의료행위로 보지 않는 입장에서²³⁾ 성형수술의 발전에 따라 성형수술행위

21) 이로 인하여 실천적으로 중요한 기능을 수행하는 의료 개념이 현행 의료법 내에서 그 개념의 실체를 규정하고 있지 않음으로써 의료인이란 의료행위를 행하는 사람이고, 의료행위는 의료기재를 사용하는 행위이고, 의료기재는 의료인만 사용해야 하는 기재라는 의료 개념의 순환논리적 구조에 대하여 비판받기도 하였다.

이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』 제27호, 영남대학교 법학연구소, 2008, 102쪽

22) 대법원 1999.3.26. 선고 98도2481; 대법원 1999.6.25. 선고. 98도4716 판결 외 다수

도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 변경한 예가 있다.²⁴⁾ 이는 초기에는 의료행위에 해당하는지 여부를 “질병의 예방 또는 치료행위”라는 지표를 사용하였다가 이후 약 2년 뒤 동일한 미용성형수술 관련 사건에서 “의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것”이라고 기준을 제시하면서 의료행위 해당여부를 “의사가 아닌 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념”이라는 ‘위험’을 기준으로 제시하면서 주체를 ‘의료인’으로 한정하여야 하는 정당성을 제시하기 시작한 것이다. 이와 같이 우리나라 의료법제상 의료행위에 대한 정의는 현실적인 차원에서 의료행위의 주체가 누구인가에 보다 초점을 맞추고 있다.

이처럼 법원의 판례나 행정부의 유권해석을 통해 의료행위의 개념을 간접적으로 정립하는 방식은 통상적인 법률의 경우 해당 법률에서 사용 되는 중요한 용어에 대하여는 총칙에 정의규정을 두어 그 의미를 명확하게 하는 입법체계와 매우 다른 형태를 취하고 있다. 즉, 현행 의료법에는 다른 법률과 달리 해당법률의 핵심개념이라 할 수 있는 ‘건강’에 대한 구체적인 정의규정을 두지 않고 있다. 이는 ‘의료행위’ 자체가 가진 특성상²⁵⁾ 법률적으로 정의를 내리는 것이 입법기술적으로 어렵고 정의를 규정하는데 현실적인 장애가 있었기 때문이다.²⁶⁾

23) 이 판결에서 대법원은 곰보수술, 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등의 미용성형 수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과 의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위(이러한 의미에서 의료행위에 준하는 행위)로 보았다.

[대법원 1972.3.28. 선고 72도342 판결]

24) 대법원 1974.11.26. 선고 74도1114 판결

25) 위험내재성, 예측곤란성, 재량성과 밀실성을 의료행위의 특수성을 들고 있으며, 빠른 의료기술의 발전 속도와 전문화, 세분화에 따른 특성이 있다.

김민중, 의료의 법률학, 신론사, 2011, 26쪽

그럼에도 불구하고 의료법을 포함하는 많은 보건의료법제에서는 ‘의료 행위’라는 용어를 사용하고 있다. 의료행위의 개념 정의가 직접적으로 보건의료법제에 반영되는 사례로서는 의료법 제27조 제1항의 무면허의료행위에 관한 규정과 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조 등에 의한 무면허 의료행위에 대한 처벌기준 등을 들 수 있다.

한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술을 검증받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하다. 또한 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성 상 가령 어떤 기술방법에 의하여 어떤 질병을 상당 수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체 국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없다.²⁷⁾ 이처럼 현행 우리나라의 무면허의료행위죄에 대한 규율은 국가에 의해 관리되는 국가주의에 의해 규정된다.²⁸⁾ 헌법재판소에 따르면 부정의료업죄나 무면허의료행위죄의 보호법익은 사람의 생명이나 신체라는 개인적 법익과 함께 국가의 의료인 면허제도의 유지·보호 또는 실효성이라는 국가적 법익으로 이중적 성격을 갖는다.²⁹⁾ 그러므로 판례를 통하여 의료행위의 법적 개념을 정의함으로써 의료인 면허제도를 유지하고 제도의 실효성을 보호할 수 있기 때문일 것이다.

유사의료행위에 대한 의료법 조문 역시 의료행위에 대한 법적 개념화

26) 광명섭, “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 『법과 정책연구』제9권 제1호, 한국법정책학회, 2007, 66쪽

27) 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2003헌바 86 외 다수

28) 이 책에서 국가주의란 현행 의료법상 무면허의료행위죄의 적용기준이 되는 의료 개념의 모든 차원은 국가에 의해 규정된다. 즉 의료의 주체인 의료인을 규정짓는 의료인면허가 국가에 의해서만 관리되고, 의료행위의 의미는 의료전문가가 아닌 행정관료와 사법부의 유권해석을 통해 구체화되며, 어떤 수단이 의료기재가 되는지도 전문가사회인 의료사회 내에서 자율적으로 결정되지 않고 국가(식품의약품안전청)가 결정한다는 의미이다.

이상돈, 김나경, 의료법강의, 법문사, 2009, 49쪽

29) 헌법재판소 2007.3.29. 2003헌바15

의 사례로 제시될 수 있다. 유사의료행위란 의료법 제81조 규정에 근거하여 의료법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 접골사(接骨士), 침사(鍼士), 구사(灸士)를 의미하며 의료법 제27조(무면허의료행위 등 금지)에도 불구하고 각 해당 시술소에서 시술(施術)을 업(業)으로 할 수 있도록 제한적으로 허용하고 있다. 일부에서는 이러한 유사의료행위를 ‘대체 의료영역’으로 보고 의료기술의 세분화에 따라 보완대체 의학의 영역의 일부로 의료인이 아닌 자가 행하여도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 경우에 제한적으로 인정하자는 주장을 하기도 한다.³⁰⁾

여기서 유사의료행위는 소위 보완대체의료의 영역과는 구분되는 개념과 제도이다. 연혁적으로 유사의료행위는 구 국민의료법(1951.9.25. 법률 제221호)이 구 의료법(1962.3.20. 법률 제1035호)으로 대체되면서 한의사에게 침구시술행위까지 맡겨 한방을 일원화하려는 입법적 배려에서 종전의 침구시술업자 등 의료유사업자제도를 폐지하고 다만 경과조치로서 그 부칙 제3항에서 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권만 이를 보호하는 것으로 하였으므로 새로이 의료유사업자의 자격을 부여할 수 있는 법률상의 근거는 없어지게 되었다. 그 후 1973.2.16. 법률 제2533호로 개정된 구 의료법 제59조나 1975.12.31. 법률 제2862호로 개정된 구 의료법 제60조는 의료유사업자에 관하여 별도의 규정을 신설하여 현재에 이르고 있으나 그 내용은 기본적으로 위 법률 제1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지이다. 따라서 법 제60조 제1항에서 기존의 침구사 등 의료유사업자에게 시술행위를 허용한 것은 침구사제도를 폐지하여 한의사가 의료행위로서 침구시술행위를 하도록 하는 과정에서 기존의 침구사 등 의료유사업자의 기득권을 보호하기 위하여 이들 역시 침구시술 등을 할 수 있도록 허용한 데 지나지 아니하는 것이다. 이러한 근거에 의해 헌법재판소는 기존의 의료유사업자의 경우 의료인이 아님에도 위와 같은 시술행위를 할 수 있도록 허용되는데 반하여 기존의 의료유사업자 이외의 자에게는 이를 금한다는 것이 합리적인 이유가 있는 차별로서 평등원칙에도 위반되지 않는다고 결정한 바 있다.³¹⁾

30) 이종원, “의료행위에 있어서 의료지도와 의료영역에 관한 일고찰-의료기사를 중심으로-” 『경성법학』 제18권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2009, 172쪽.

또한, 유사의료행위에 관하여 의료법은 제81조 제2항에서 의료유사업자에 대하여는 이 법 중 의료인과 의료기관에 관한 규정을 준용하며 이 경우 “의료인”은 “의료유사업자”로, “면허”는 “자격”으로, “면허증”은 “자격증”으로, “의료기관”은 “시술소”로 한다는 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 유사의료행위 역시 현재 우리나라 보건의료법체계 내에서 규제되고 있음을 의미하며 위에서 언급한 보완대체의료의 영역과는 달리 다루어져야 함을 의미한다.

한편, 제도의 폐지나 통합으로 인해 생긴 ‘유사의료행위’의 개념과 달리 의학적인 견지에서는 신진적인 이론과 기술이지만 시행되는 기준, 적용 및 한계 등을 설정하는데 윤리, 도덕, 종교 및 사회통념적으로 선뜻 받아들일 수 없는 것들로 ‘한계적 의료행위’의 개념이 도입되었다. 한계적 의료행위란 현재 이러한 한계적 의료에 속하는 것으로는 임상시험, 장기이식, 죽음의 정의, 불임시술, 보조생식술을 통한 임신, 유전자 조작 등을 들 수 있다.³²⁾ 즉 앞서 정의한 “질병의 예방과 치료에 관한 행위”인 의료행위가 장기이식을 위한 장기 적출 수술을 받는 자에게는 적용될 수 없는 개념이고 비치료적 임상시험의 경우 피험자와 연구자의 관계 및 시행되는 임상시험의 내용에 따라서도 마찬가지로이다. 의료행위 제공의 주체 측면에서도 반드시 의사에 의하여 수행되어야 하는 의료행위가 보조생식술 중 일부(예를 들어 난자와 정자를 수정시키는 행위 등)의 경우 의료인이 아닌 자에 의해 이루어지기도 하는 내용 등이 의료행위의 개념의 확장을 필요로 하는 현실이다.

이와 같이 우리나라 보건의료법제에서 의료행위에 대한 개념은 처음 무면허의료행위죄에 대한 처벌 기준을 마련하기 위하여 도입되었다. 이후 보건의료법제가 정립되는 과정에서 의료에 관한 지식과 기술이 발전하고 다양화됨에 따라 일부 영역은 통합·폐지되기도 하고 일부 영역은 구체화·전문화되기도 한다. 이러한 제도의 변화를 반영하여 유사의료행위 또는 신진적인 이론과 기술을 반영한 한계적 의료행위의 개념이 도입되게 되

31) 헌법재판소 2005.5.26. 2003헌바86

32) 이인영, “무면허의료행위에 대한 일고찰”, 『한국의료법학회지』제6권 제1호, 한국의료법학회, 1999, 171쪽

보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용

었으며 이러한 변화에서 우리나라 보건의료법제에서 의료행위에 대한 개념이 유동적이고 상대적임을 확인할 수 있었다.

III. 건강과 의료행위 개념이 반영된 보건의료법제의 변화

1. 건강 개념 변화를 반영한 보건의료법제의 변화

(1) 보건의료법제에 반영된 의료화 현상

앞에서 우리는 건강 개념이 총체적인 것이며 다양한 인식에 따라 달라질 수 있는 상대적인 개념임을 제시하였다. 건강 개념은 동시대 내에서 다양한 관점이 존재할 수도 있고 시대의 흐름에 따른 사회변화를 반영하여 역사적으로 변화할 수도 있다. 건강함에 대한 개념이 변화하면 ‘건강하지 못함’에 대한 개념도 변화하게 된다. 대표적인 현상이 의료화(medicalization) 현상이다. 과거 의료영역이 개입하지 않았던 영역, 예를 들어 작은 키 혹은 과체중 상태를 ‘건강하지 못함’으로 인식하고 이에 대해 의료가 개입하게 되는 현상을 소위 의료화(medicalization) 현상이고 한다.³³⁾ 출산의 의료화, 더 나아가 제모, 비만 치료 등이 의료화의 대표적 예이다. 의료화 현상은 인간의 몸을 기계적으로 바라보는 의료모델을 기반으로 하며 이러한 의료모델에서 보는 몸이란 정신과 완전히 분리된 객관적인 몸, 단순한 생리적 기능을 가진 기관들의 집합체일 뿐이다. 의료화 현상을 반영한 정책 개입이 이루어지고 있다. 보건의료의 각 영역에서

33) 의료화란 대표적으로 여성의 임신과 출산의 의료화(medicalization) 개념을 도입하면서 임신과 출산 영역에서 ‘의도적 혹은 비의도적으로 의학의 지배권이 확대되는 것’을 의미한다. 다시 말하면 의료적 관점에서 임신과 출산을 관리하는 방식이 지배적인 관행이 되어 다수의 여성들이 이를 자연스럽게 선택하게 되는 상황을 의미한다. 이는 의료전문가가 출산을 통제하고 임신과 출산을 ‘위험한 것’으로 병리화하고 전문가의 집중적인 관리를 받는 것을 정당화하는 과정이라 할 수 있다. 이 과정에서 기술과 지식을 보유한 의료전문가는 우월적 지위를 차지할 수 있게 된다.

조영미, “출산의 의료화와 여성이 재생산권”, 『한국여성학』 제20권 제3호, 2004, 69쪽
Morgan, Kathryn Pauly, Contested bodies, contested knowledges, The politics of women's Health: Exploring Agency and Autonomy, Temple University Press: Philadelphia. 1998. p.83.

발생한 의료화 현상은 그 중요성과 개선의 필요성 내지 실현가능성 등을 고려하여 이에 대한 정책적인 개입 역시 이루어지고 있다.³⁴⁾³⁵⁾ 의료화 현상은 대표적으로 인간의 몸에 대한 기계적인 인식을 기초로 하는 의료모델에 입각하고 있다.³⁶⁾ 이러한 의료화 현상이 직접적으로 반영되는 대표적인 보건의료법제는 국민건강보험법이다.

국민건강보험법에서는 이미 의료현장에서 제공되고 있는 행위나 치료재료 중 ‘업무 또는 일상생활에 지장이 없는’ 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항(여기에는 신체의 필수 기능개선이 목적이 아닌 경우, 질병부상의 진료를 직접목적으로 하지 아니하는 경우 등이 포함된다.)³⁷⁾에 대하여 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다고 규정하고 있다(국민건강보험법 제39조 제2항). 이는 보건의료정책 중 건강보험의 보장성 범위의 결정에 있어서 일부 필수적이지 않은 보건의료서비스의 제공이 임상 현장에서 이루어지고 있다는 전제 하에 우리나라 건강보험정책의 방향성이 필수요양료를 중심으로 이루어지되 일부 위에서 언급한 대로 의료화의 결과로 또는 수요자가 창출해내는 보건의료서비스에 대해서는 개별적인 심사절차를 거쳐 급여대상 여부를 결정하게 된다는 것이다. 대부분의 확장된 의료화 현상에 따라 발생하는 수요와 공급은 국민건강보험제도 상 비급여 영역으로 구분될 가능성이 높다. 물론 의료화 현상 이후 그 필수성이 인정된 출산과 같은 영역은 의학적 판단과 적용되는 의료기술에 따라 급여와 비급여 영역 모두에 적용될 수 있다.

이처럼 건강과 의학적 필수성 등을 기준으로 하는 국민건강보험법 상 급여와 비급여 대상의 구분은 소위 의료화로 인한 의료행위의 개념 확장의 예가 될 수 있다. 그런데 이러한 불확정적인 개념으로 인해 몇 가지 문제점들이 야기되기도 한다. 예를 들어 우리 법은 요양기관이 비급여대상이 되는 의료행위를 하는 경우에는 그 가격을 비교적 자유롭게 정하고

34) Smith DE, “The medicalization of therapeutic communities in the era of health care reform” *J Psychoactive Drugs* 44, Haight-Ashbury Free Clinics, 2012, p.93-5.

35) Goh CR, “Medicalization of dying: are we turning the corner?” *J Palliat Med* 15, Mary Ann Liebert, Inc, 2012, p.728-9.

36) 조영미, 앞의 논문, 69쪽.

37) 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제9조 제1항 별표 2 참조

다만 비급여진료 비용 등을 고지하도록 하고 있어³⁸⁾ 비급여 대상인 진료는 요양기관이 저수가로 인한 재정적자를 메우거나 더 큰 수익을 올리기 위한 수단으로 인식되기도 하고, 더 나아가 의료계 내부에서도 비급여 진료를 주로 하는 전문과목을 선호하는 현상까지 발생하면서 보건의료인력의 불균형 문제까지도 야기하기도 하였다. 뿐만 아니라 새로운 의료서비스를 개발 후 신의료기술 평가 등을 통하여 비급여대상에 속하는 의료서비스를 제공하려는 시도나³⁹⁾ 고가의 의료장비를 앞다투어 도입하려는 부작용 등이 비급여 정책과 관련하여 발생할 수 있다. 이러한 현상들 중 일부는 의료화 현상이 반영된 예로 상대적으로 의학적 필수성 또는 해당 의료서비스 제공의 당위성 등이 떨어지는 영역일 수 있다.

그렇다면 이러한 보건의료 영역의 의료화 현상을 고려할 때 정책방향을 결정함에 있어 고려해야 하는 건강함과 건강하지 못함에 대한 개념은 무엇인가. 구체적으로는 급여대상과 비급여대상의 목록을 나열함에 있어 ‘신체의 필수 기능’ 또는 ‘질병부상의 진료를 직접목적으로’라는 것에 대한 의학적 개념 뿐 아니라 사회통념의 변화까지 고려되어야 하는 개념이다.⁴⁰⁾ 실제로 과거 대부분 비급여 진료 영역에 해당하던 영역이 제한된 기준으로 적용되기는 하지만 급여 영역으로 포섭된 예를 보면 알 수 있다. 예를 들어 사마귀 또는 티눈이 발, 발바닥, 발가락 등에 생겨 보행이나 신을 신는데 통증이나 불편을 줄 경우 급여대상이 된다. 사회 환경의 변화 즉 저출산 고령화에 따른 불임 관련 진료의 요양급여나⁴¹⁾ 영구피임

38) 의료법 제45조(비급여 진료비용 등의 고지) ① 의료기관 개설자는 「국민건강보험법」 제41조제3항에 따라 요양급여의 대상에서 제외되는 사항 또는 「의료급여법」 제7조제3항에 따라 의료급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용(이하 “비급여 진료비용”이라 한다)을 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 알 수 있도록 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 고지하여야 한다

39) 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙에 의해 요양급여대상 또는 비급여대상으로 결정·고시되기 전까지의 신의료기술 등은 비급여 대상이다.

40) 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 별표2 참조

41) 일정기간 임신이 되지 않아불임이 의심되는 경우에 그 원인을 알기 위한 검사 또는 임신추진 목적의 배란추진제 사용 등 치료의 인정기준을 정하고 있다. 요양급여대상은 피임없이 정상적인 부부생활을 하면서 1년내에 임신이 되지 않은 경우(일차성 불임)과 유산, 자궁외임신 및 분만 후 1년이내에 임신이 되지 않은 경우(이차성 불임)이 그 인정기준이 된다. (고시 제2004-36호)

시술을 받은 자가 자녀를 낳고자 하여 실시하는 난관정관 복원수술은 요양급여대상이 된다.⁴²⁾

과거 질병으로 보지 않았던 비만이나 키가 작음 또는 외모에 관한 기준 확대 역시 의료화의 예로 들 수 있다. 저신장(왜소증)의 경우에 저신장의 진단을 위한 검사는 우선 요양급여비용의 전액을 본인이 부담하되, 검사결과 기질성 원인에 의한 저신장(왜소증)으로 진단된 경우에는 소급하여 급여대상으로 정산된다.⁴³⁾ 비만에 대한 진료는 아직까지 『국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙』별표2 비급여대상 1.사에 의하여 비급여대상이나, 비만과 관련된 고혈압, 당뇨병 등 합병증에 대한 진료는 요양급여대상이며⁴⁴⁾ 외모와 관련된 안면 화상에 대한 기준은 운동제한이 없다하더라도 ‘환자가 수치감을 갖게 되고 타인에게 혐오감을 주는 등 사회생활에 영향을 받게 되므로’ 안면부에 생긴 화상반흔 제거를 목적으로 하는 수술은 경우 첫 번째 수술은 급여대상으로 한다.⁴⁵⁾ 그러나 두 번째 수술부터는 비급여대상이다. 이는 보험재정에 대한 고려이다.

이처럼 건강보험의 적용 대상의 변화를 검토하는 것만으로도 필수적이라고 간주되는 건강의 영역이 변화했음을 알 수 있으며 오늘 날의 우리 사회의 건강에 대한 인식을 추측할 수 있다. 건강보험은 종래 국민 등의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대한 보험급여제도를 ‘의료보험’이라고 하였다가 국민의 생활수준의 향상과 의료기술의 진보에 따라 국민의 의료서비스에 대한 기대수준이 높아지면서 국민의 질병부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시하게 되는 등 국민보건의 향상을 위하여 보다 적극적인 방향을 설정하게 됨에 따라 이와 같은 취지를 강조하기 위하여 의료보험이라는 용어대신에 ‘건강보험’이라는 용어를 사용하였고, 건강보험에 관한 법률을 국민건강보험법으로 개정하기에 이르렀다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 변화 중 일부는 정치적 목

42) 고시 제2004-36호, ‘04.7.1. 시행

43) 고시 제2007-139호, ‘08.1.1. 시행

44) 고시 제2008-57호, ‘08.1.1. 시행

45) 고시 제2008-169호, ‘09.1.1. 시행

46) 법률 제5854호, 1999.2.8, 제정

보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용

적으로 또는 정부의 선심쓰기식 복지 확장의 개념으로 이용되기도 하여 그 결과 건강보험의 보장성 강화보다는 건강보험재정 악화라는 결과를 초래하기도 하였다.⁴⁷⁾

(2) 보건의료법제에 반영된 질병관의 변화

건강개념의 변화는 환자 또는 의사의 질병관을 변화시킨다. 생물학적 질병관에서 확장된 사회적 차원의 질병관은 정상성(normality)의 개념을 변화시키고 이에 따른 의학 또는 법학과 같은 학문적인 또는 제도의 중립성조차 변화시킬 수가 있다.⁴⁸⁾

여기서는 이러한 건강개념의 변화가 질병관의 변화에 이르고 그 원인으로 작용한 사회적 상황의 변화들이 우리나라 보건의료법제에 반영되어 변화된 예들을 찾아보고자 한다.

우선 『후천성면역결핍증예방법』은 대표적인 질병에 대한 인식변화가 반영된 예가 될 수 있다. 이 법은 1988.1.28 제정된 이후 수차례 개정되었다. 이러한 개정 과정은 후천성면역결핍증과 같은 감염병에 대한 의학적 이해와 치료법 개발에 따른 생의학적 병인과 그 예후의 변화가 반영된 것 이외에도 개인이 건강과 질병의 최종 책임자로 여겨지던 생의학적 패러다임에서 개인이 처한 사회경제적 상태에 대한 고려와 함께 사회적 위험관리에 대한 국가의 개입필요성을 반영하고 있다.⁴⁹⁾ 질병으로 인한 사회적 낙인 발생의 문제 인식과 사회적 지원 및 관리체계를 마련하기 위하여 소위 일부 질병에 대한 인식을 단순히 개인적인 문제라기보다는 ‘사회적인 문제’로 다루기 시작하였다고 볼 수 있다.

제정당시 후천성면역결핍증예방법[법률 제3943호, 1987.11.28, 제정]은 후천성면역결핍증에 감염된 자의 보호·관리와 동 질병의 전파방지를 위한 신속한 조치를 위하여 감염자를 진단한 의사 또는 의료기관등은 관할보건소장에게 이를 즉시 신고하도록 하였다. 또한 후천성면역결핍증의 예방

47) 대표적인 예가 입원 식대와 6세 이하 소아 환자의 입원비 등이다.

48) 한국보건사회학회 편, 앞의 책, 40쪽.

49) 한국보건사회학회 편, 앞의 책, 31, 72쪽.

을 위하여 공중과 접촉이 많은 업소에 종사하는 자에 대하여는 후천성면역결핍증에 관한 수시 또는 정기검진을 받도록 하고, 영업자는 감염자나 검진을 받지 아니한 자를 그 영업소에 종사할 수 없도록 한다든지 질병의 전파방지에 중점을 두고 있었다. 즉 감염여부를 신속하게 진단하고 관리가 가능한 신고 및 보호시설에서의 보호 및 치료에 대하여 법적인 근거를 마련하고자 하였다.

이후에는 후천성면역결핍증예방법[시행 1988.12.31] [법률 제4077호, 1988.12.31, 일부개정]에서 ‘감염자여부의 판단을 신중하게 하기 위하여 보호심사위원회를 신설’ 하였고, 1999.5.9.에 이르러 후천성면역결핍증예방법 [시행 1999.5.9] [법률 제5840호, 1999.2.8, 일부개정] ‘에이즈 감염자의 격리·보호제도와 전문진료기관 지정제도는 에이즈 감염자에 대한 인권 침해와 일부 의료기관의 에이즈 감염자에 대한 진료 거부 등 폐해가 있어 이를 폐지하고, 에이즈 감염자의 치료와 요양을 위한 시설과 편의 제공을 위한 컴퓨터를 설치·운영할 수 있도록’ 개정되어 에이즈 감염자에 대하여 사회적 낙인 또는 격리, 보호조치에서 벗어나 인권에 대한 고려를 하고자 하였다.

최근에는 후천성면역결핍증 예방법[시행 2008.9.22] [법률 제8940호, 2008.3.21, 일부개정]에서 의사가 인체면역결핍바이러스에 감염된 자(감염인)를 진단한 경우에 감염사실을 알려야 하는 대상자를 감염인의 배우자 및 성 접촉자 등 전파위험성이 높은 사람으로 한정하여 규정함으로써 감염정보제공에 따른 인권 피해를 방지하고, 익명검진제도를 도입함으로써 잠재된 감염인의 자발적인 검진을 유도하는 방향으로 개정되었다. 이 법에서 감염인에 대한 사용자의 차별금지규정을 신설(법 제3조제5항 신설)하여 사용자와의 관계에서 감염인이 차별받을 가능성이 큰 현실을 고려하였고 세계보건기구(WHO) 및 국제노동기구(ILO)가 권장하는 감염인의 근로권 보장에 관한 기본원칙을 규정하고, 사용자가 근로관계에 있어서 감염인에 대하여 불이익을 주거나 차별대우를 하지 아니하도록 하는 선언적 의무규정을 신설하였다. 즉 후천성면역결핍증의 전파경로와 치료에 따른 예후를 고려하여 의학적 개념인식 변화와 함께 우리 사회는 물론

국제적인 해당 질병에 대한 인식 변화를 반영하여 개정되었다.

또 다른 예로 과거 전염병 예방법이 2009.12.29 『감염병의 예방 및 관리에 관한 법률』[법률 제9847호]로 전부 개정되었던 것도 한 예가 될 수 있다. 이 법의 개정이유는 감염병의 예방 및 관리를 효율적으로 수행하기 위하여 이미 유병율이 매우 감소한 기생충질환에 관한 『기생충질환 예방법』을 폐지하고 『전염병예방법』과 통합하여 법명을 『감염병의 예방 및 관리에 관한 법률』로 바꾸고, “전염병이라는 용어를 사람들 사이에 전파되지 않는 질환을 포괄할 수 있는 감염병이라는 용어”로 변경하였다.

생의학적 개념을 넘어 ‘건강함’에 대한 보다 포괄적 개념이 보건의료법제에 반영된 예는 정신건강(정신보건법)에서도 찾을 수 있겠다.

정신보건법 역시 정신보건의 역사 즉 정신질환자에 대한 사회적 대우와 접근의 역사의 근간이 되는 정신질환⁵⁰⁾에 대한 질병관을 반영한다. 그런데 정신질환의 경우에는 앞서 건강의 개념이 과학적 개념에서 사회 또는 역사의 배경을 반영하여 변화된 것과는 반대되는 질병관의 변화를 보여준다. 과거 정신질환은 초자연적인 현상이나 종교적 영향을 받아 사탄과 마귀의 역사와 같이 부정적으로 해석되었던 시대에서, 진화론과 유전론과 같은 과학적인 틀 안에서 이해되기 시작, 그 이후 20세기 중반에 이르러 의학의 발달로 정신질환의 생물학적 원인이 점차 규명되면서 정신질환이 뇌의 질병이라는 인식에 이르게 되었다.⁵¹⁾ 정신질환자에 대한 종교적 탄압으로 시작되어 정신질환자로부터 사회를 방어하는 사회방위적 접근과⁵²⁾ 열등한 자손을 퍼뜨리지 못하게 하는 우생학적 접근이 결합하여 시설에의 수용을 최선의 대처로 삼았다. 하지만 환청이나 망상과 같은 정신병적 증상에 대한 조절이 약물로 가능하게 됨을 알게 되며 이러한 정신질환이 완치는 어렵다 하더라도 적절한 약물치료와 환경제공으로 관리가 가능한 만성질환임을 인식하게 됨에 따라 질병관 또한 변화를 겪

50) 정신보건법 제2조 제1호에 의하면 “정신질환자”라 함은 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자를 말한다.

51) 서동우, “정신보건의 역사적 변화선상에서 본 우리나라 정신보건법의 문제와 개선안”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2007, 42-3쪽

52) 산업사회에서는 정신질환의 폭력성, 유전되는 불치병 환자로서의 낙인이 정신질환자로부터 사회를 방어하는 사회방위적 접근에서부터 기인하였다고 보았다.

게 된다. 더 나아가 많은 정신질환자들이 적절한 약물치료와 재활치료를 받으면 어느 정도의 사회통합이 가능하다는 인식하에 지역사회 내에서 가정과 가까운 곳에서 정신보건서비스를 제공하는 ‘지역사회정신보건’체계를 이루게 되었다. 물론 이러한 근거는 정신보건법에 두고 있다.⁵³⁾ 현행 우리나라 정신보건법은 그 성격이 대체로 정신질환에 대한 산업사회의 사회방위적 질병관에서 후기산업사회의 과학적 질병관으로 이행하는 과도기적 성격의 법이라는 평가를 받고 있다.⁵⁴⁾ 그럼에도 불구하고 통상 정신질환의 질병관과 정신보건체계 상의 변화는 일반적인 사회경제적 변화나 이에 따른 정신문화적 변화보다 10년에서 20년 정도의 시간적 차이를 두고 따라가고 있다고 평가되기 때문에 현재 우리나라 정신보건법 역시 대부분의 국민이 갖고 있는 정신질환에 대한 사회방위적 질병관 또는 사회적 편견, 그러한 질병관에 따른 장기 비자의 입원 중심의 정신보건체계 역시 개선의 여지가 많은 후진적인 체계일 수 있다는 비판을 받기도 한다.⁵⁵⁾

2. 의료행위의 개념 변화를 반영한 보건의료법제의 변화

(1) 사회적 환경 변화를 반영한 의료행위 제공 주체의 변화

앞서 설명한 바와 같이 우리나라 보건의료법제에서 의료행위 개념은 의료행위의 주체가 누구인가에 초점을 맞추고 있으며, 이에 따라 의료행위의 법적 개념은 행위자의 신분에 따라서 무면허의료행위죄가 적용되어야 하는지 여부를 정하는 기준이 된다. 결국 해당 행위가 의료행위에 해당되는 것으로 판단된 경우에는 행위자가 국가가 면허를 부과한 신분의 자인지 여부에 따라 적법성이 판단되는 것이다.

근대 이전에는 동·서양 모두 의료행위에 대한 자격규정이 없어 누구나 의료행위를 할 수 있었다. 그러나 서구에서는 점차 의료시장의 분화와 경

53) 정신보건법 제13조(지역사회정신보건사업 등)와 제13조의2(정신보건센터의 설치) 등

54) 서동우, “정신보건의 역사적 변화선상에서 본 우리나라 정신보건법의 문제와 개선안”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2007, 42-3쪽

55) 서동우, 앞의 논문, 48, 56쪽

쟁이 증가하면서 의사들이 국가에 의료행위의 독점권을 보장받을 수 있는 면허를 의사들 스스로 요청하였고, 국가 단위에서는 건강한 노동력과 군사력을 확보할 수 있도록 보건위생체계를 갖추어야 했기 때문에 국가는 의사들에게 면허를 부여하는 대신 국가 유지에 필요한 공공의료부분에 의사들을 동원하고 통제할 명분을 얻게 되었다.⁵⁶⁾ 기본적으로 의사면허제도란 국가에 의해 의료의 독점권을 보장받는 대신 의료에 대한 국가의 개입을 인정함을 표현하는 양면성을 띠고 있다. 따라서 의사들은 국가에 의해 그들의 영역을 보장받는 대신 의료와 자신들의 자격 규정에 대한 국가의 통제를 받아들여야만 하는 상황에 처하게 된다.

반면 우리나라는 국가적 필요에 의해서 의료인에 대한 자격과 면허 규정을 법제화하였다. 근대 제국주의 열강의 압박에 문호를 개방한 조선정부가 부국강병을 위해 서구의 의사면허제도를 적극적으로 도입하였고, 서양보건의학이 전염병 예방 및 부상병의 수술치료에 탁월한 효과를 가지기에 이러한 의사의 자격을 법으로 규정하여 국가적 목적에 활용하고자 하였다. 우리나라에서 의사면허제도에 대한 공식적인 언급은 1899년 7월 7일에 반포된 『의학교규칙』에 처음으로 나타났다. 여기서는 의학교졸업자에 대해 졸업과 동시에 자동적으로 내부대신 명의의 의술개업 면허장을 수여한다고 규정하고 있어 장차 정부에서 의사에게 ‘면허장’을 발부할 예정임을 분명히 알리고 있다⁵⁷⁾. 이러한 정부의 의지가 실제로 구체화된 것은 1900년 1월 2일에 반포된 『의사규칙』이다. 이 규칙에서는 전통의학을 공부한 한의나 서양의학을 공부한 양의를 모두 동일한 범주 ‘의사’로 포괄하고 있었다는 것이 특이한 점이며 당시 제2조에서 ‘의과대학과 약학과의 졸업장을 가지고 국가에서 주관하는 시험을 통과한 사람을 의사로 규정하고 이들 외에는 의료행위를 금한다’는 내용은 당시에는 이 규정에 부합하는 의사가 없었기 때문에 장차 배출될 미래의 의사에 대한 규정이라는 것과⁵⁸⁾ 최초로 배타적으로 무면허의료행위에 대한 규제 근거를 마

56) 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제”, 『의사학』 제19권 제2호, 대한의사학회, 2010, 386쪽

57) 여인석 외, “한국 의사면허제도의 정착과정”, 『의사학』 제11권 제2호, 대한의사학회, 2002, 140-1쪽

련한 것으로 평가할 수 있겠다.

이후 일제시대에 조선총독부에서는 1913년 11월 15일 조선총독부령 제 100호로 『의사규칙』을 다시 반포하였다. 이 규칙에서 의술개업인허가 처음으로 ‘의사면허’라는 말로 대치되었고 서양의학을 시술하는 의료인에게는 ‘의사’라는 명칭이, 전통의학을 시술하는 의료인에게는 ‘의생’이라는 명칭이 공식적으로 쓰이게 되었다. 그런데 다음 해인 1914년 7월 20일에 의사시험에 관한 규정이 제정되었는데 이 규정에서는 의학교를 졸업한 사람뿐만 아니라 정식으로 의학교육을 받지 않은 사람에게도 5년 이상의 경험이 있으면 응시자격을 부여하였다. 이러한 규정은 식민지적 상황에서 특수하게 일어난 것으로 의학교육에 소요되는 많은 비용을 총독부가 부담하지 않고 손쉽게 의사를 양성하는 방안으로 채택된 것으로⁵⁹⁾ 당시 역사적 상황이 반영된 규정이다. 이 시기에 일제는 또한 의사·치과의사·의생규칙과 함께 부족한 의료인력을 보충하기 위해 한지의사·한지의생·입치영업자에 관한 규칙을 제정하였다.

이러한 규칙들을 통해 알 수 있는 것은 한말과 일제시대에는 그 시대 상황을 반영한 법제가 마련될 수밖에 없었다는 것이고 대표적인 예가 의료인이 극히 부족한 조선의 상황을 반영한 한지의업면허제도이다. 이 제도는 의사가 없는 궁벽한 지역의 의료문제를 해결하기 위하여 의사는 아니지만 일정한 자격을 갖춘 사람 가운데 경력과 기술을 심사하여 우수하다고 판단되는 사람에 대해 일정한 기간과 지역을 한정하여 그 안에서만 의사활동을 할 수 있게 허가해주는 제도였다.⁶⁰⁾ 그러나 이러한 특수한 사회적 상황을 반영한 법제들은 충분한 의료 인력이 공급되기 시작하면서 폐지되기에 이르렀고, 일제말기에 의료 인력의 징발을 위해 개정된 조선 의료령(1944.8.21) 이후 한국 전쟁 중인 1951년 대한민국에서 처음으로 『국민의료법(1951.9.25)』이 공포되면서 의료행위에 대하여 “의사가 아니면 의업을, 치과의사가 아니면 치과의업을, 한의사가 아니면 한의업을 행할

58) 여인석 외, 앞의 논문, 141쪽.

59) 박윤재, “한말일제 초 근대적 의학체계의 형성과 식민 지배”, 연세대학교 대학원 사학과 박사논문, 2002, 195-209쪽

60) 여인석 외, 앞의 논문, 149쪽.

수 없다.”고 규정하여 인력 간 분업체계를 명확히 하게 되었다. 이 법이 현재 우리나라 의료법의 근간이 되는 법이고 이 법에 의해 국가는 면허 부여에 대한 주도권을 가지고 의사의 수를 통제하려하였고, 실제로도 국민의료법은 의사 면허와 전문 과목 표방 등에 대한 최종승인권을 국가가 독점하였다. 또한 이 시기에 국가는 의료인력 공급과 관련하여 국가는 최소의 비용으로 무의촌 문제를 해결하기 위해 일제 식민지기와 마찬가지로 ‘공의제도’를 두었다.⁶¹⁾ 공의는 배치지에 거주하며 그 지방에서 의업을 개설하여 환자를 진료하고 그 외 다른 업무에 종사하였다.⁶²⁾

우리가 여기에서 주목하는 것은 당시에 이러한 법과 제도를 운영함에 있어서 충분한 사회문화적 상황을 고려하였는지 여부이다. 공의들이 동원되어 먼 지역에 배치되면 무면허의료업자들과 경쟁을 벌이며 지역에 뿌리를 내리는 과정에서 실제로는 보건사회부장관의 지정업무종사명령에 따라 농촌에 파견된 공의가 그 지역 주민들에게 소외당하고⁶³⁾, 오히려 무면허의료업자들이 유지 대접을 받는 것이 1960년대 우리나라 농촌의 현실이었다. 기존의 의료서비스 이용 현황이나 실태에 대한 파악 의사의 교육과정에 대한 주민들의 이해 정도 등 당시 사회적 상황에 대한 충분한 고려 없는 입법과 정책 수행의 예가 당시에도 존재하였던 것이다. 왜냐하면 이 때 무면허의료업자 즉 돌팔이들은 마을 공동체적인 친분을 쌓은 상태였고 따라서 공의는 외부인으로 인식되었으며 현재까지도 이어져 오는 한국인들의 ‘명의로 평판이 나 있는 병의원을 찾는’ 습관 등이 당시에 도 영향을 준 것으로 평가된다.

이후 1962년 의료법이 개정되었으며(법률 제1035호) “개설허가제, 정기

-
- 61) 공의규칙에 따르면 공의는 총독부가 조선 각 지방에 거주하는 일본인 이주자들의 건강보호를 위해 의사를 임명해 진료와 공중위생사무와 경찰의무를 수행하게 하는 제도였다고 한다.
 - 62) 공의의 업무에는 전염병의 예방과 치료에 관한 사항, 국민보건의 증진과 환경위생의 개선에 관한 사항, 지방풍토병 조사와 박멸에 관한 사항, 법의학에 관한 사항, 기타 지방행정의 장이 지시한 사항이다.
이주연, 앞의 논문, 394쪽
 - 63) 공의들의 진료는 진료비와 주사비가 비싸고, 왕진을 잘 가지 않고 외상을 주지 않는다는 점. 토요일과 일요일 휴진 등을 이유로 공의퇴출운동 등을 전개하기도 하였다.
의사신문 1963년 2월 4일자. 여인석, 위 논문 재인용.

신고제, 지정업무종사명령복종, 공의제도 강화, 중앙회 가입의 의무화, 중앙회의 협조 의무화” 등을 통해 국가의 의료시책에 철저히 따라야 하도록 법제화되었고, 그만큼 의료인과 그 단체는 국가에 예속되어 자율성이 취약하였다.

무면허의료업자의 유래는 자연스럽게 국가가 의료법을 제정하면서 의료인 자격과 면허를 부여하고 의료인이 아닌 사람들의 의료행위를 금지하면서 시작되었다. 무면허 의료업자는 의료 수요와 공급이 합법적인 의료시장이나 복지정책 내에서 이루어지지 못할 때 생긴다.⁶⁴⁾

앞서 논의한 대로 초기에 의료인 교육과정 등의 문제로 의료인이 부족한 상황과 지역에 따른 의료인력의 공급문제도 그러하였다. 또한 한국전쟁이후 의료시설은 물론 의료요원들도 2/3가 줄었고, 재난 동포와 상이군인들은 외과적 처치를 필요로 했던 상황과 전후의 경제적 궁핍함은 급성 전염병, 기생충병, 결핵 등 후진국형 질환을 증가시켰으나 전후 보건의료기관은 이러한 의료수요를 충족하지 못하였고 의료시설 및 장비의 복구와 도입에만 중점을 두는 과정에서 또 다시 의료수요와 공급의 문제가 발생하기 시작하였다.⁶⁵⁾ 이 시기에 1953년 제정된 『약사법』(법률 제300호)에 따라 약국을 열고 운영할 수 있는 독점적인 권한이 약사에게 부여되었고, 이것이 오히려 약종상들이 약사행세를 하는 경우가 많아졌고 보건의료행정의 감독이 허술한 틈을 타 무면허 의사와 무면허 약종상들이 범람하게 되어 잘못된 주사와 약 처방으로 사람이 죽는 등 국민보건에 위협이 되는 사건들이 발생하면서 무면허의료업자에 대한 규제의 필요성이 대두되기 시작하였다.⁶⁶⁾ 그럼에도 불구하고 농어촌을 비롯하여 전국적으로 의료시설과 인력의 부족, 정식 의료비를 감당하기에는 어려운 한국인의 경제적 사정, 의사치과의사약사들의 면허 대여 그리고 무자격자들이 의사행세를 하다가 단속되어도 이에 대한 엄격한 법적 대처가 부족했기 때문에 무자격자들의 의료행위가 계속되었다.⁶⁷⁾ 무면허의료업자에 대한

64) 이주연, 앞의 논문, 388쪽

65) 이주연, 앞의 논문, 396쪽

66) 경인일보 1959년 3월 17일;6월 9일;11월 6일 재인용

67) 이주연, 앞의 논문, 398쪽

단속은 1962년 개정된 의료법 제25조 무면허자의 의료업무금지 조항에 그 근거를 두고 시행되었으며 1969년 보건범죄단속에 관한 특별조치법이 제정됨에 따라 부정의료업자에 대한 처벌이 가능하게 되었다.

이와 같이 보건의료법제의 연혁적인 검토를 통해 알 수 있는 것은 우리나라 역시 근대화와 함께 국가 기관의 의료인과 국민 통제가 이루어지기 시작했고, 점차로 전문가 주도의 의료 전문화와 자유방임체계를 강화하는 방향성은 제시되기는 하였으나 충분치는 못했고, 현재는 앞서 언급한 ‘복지국가건설과 국민의 건강권과 건강수급권’ 확보를 우선시 하는 시대로 국민들의 요구나 현재 우리나라의 의료인력 공급 상황 모두 그에 맞추어 달라져왔음을 알 수 있다.

의료법의 개정 연혁을 고찰한 결과 나타나는 일관된 교훈은 의료법 역시도 현실 적합성과 사회문화적 배경에 대한 충분한 이해 없이 국가가 통제위주로 관련 법제를 강제화하는 것은 부정의료업과 같이 그 제공주체에 있어서의 왜곡되는 현상이 발생하거나 오히려 면허를 가진 의료인들이 국민으로부터 외면당할 수도 있는 상황이 벌어질 수도 있다는 것이다. 따라서 의료법제화 과정은 법적 강제력이라는 특수성을 고려할 때 반드시 실질적인 법의 지배가 가능할 수 있도록 사회변화와 그에 따른 건강관련 개념을 인식하는 관점의 변화 등이 반영되어야 한다.

(2) 의료행위의 전문화·세분화에 따른 보충적 보건의료인력의 등장

우리나라 보건의료법제 내에서 의료행위의 제공주체는 이원주의적 규율로 인해 의료행위는 물론 건강 관련 행위에 대하여 비의료인의 진입이 원천적으로 금지되어 있다. 그러나 현대사회는 의료 영역의 전문화와 세분화에 따라 의료행위와 비의료행위의 중간적인 영역이 발생하기도 하고 의료인이 아닌 보건의료인력에 의해 준의료행위나 의료행위의 일부가 수행될 수밖에 없는 상황이 발생한다.

과거 1962년 3월 20일에 전면 개정된 의료법 제38조에는 ‘의사·치과의사·한의사·조산원·간호원 또는 따로 법률로서 정하는 일정한 자격이 있는 자가 아니면 진료의 보조 또는 임상에 필요한 검사 등에 관한 보조를

하지 못한다.’고 규정하고 있었다. 여기에서 ‘법률로서 정하는 일정한 자격이 있는 자’를 규정하고 있음에도 불구하고 『의료보조원법』이 제정될 때까지는 합법적인 보조인력이 거의 없었다.⁶⁸⁾ 이에 1963년 7월에 『의료보조원법』이 제정되어 의사 및 치과의사의 감독 하에 진료 또는 의화학적 검사의 보조에 관한 업무에 종사하는 의료보조원(임상병리사 등 9개 분야)이 1965년부터 정식으로 출범하여 1973년 2월 이 법이 『의료기사법』으로 전면 개정되면서 이 때 정해진 의료기사(임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사)의 종별이 지금까지 유지되고 있다. 이후 1982년에 의무기록사와 1987년에 안경사가 추가되면서 의료기사가 아님에도 불구하고⁶⁹⁾ 의무기록사와 안경사가 의료기사법에 규정되어 있음으로써 이를 정확하게 규정하기 위해 1995년에 의료기사법을 『의료기사 등에 관한 법률』로 명칭을 변경하게 된다.⁷⁰⁾

이 법에 의한 의료기사의 업무범위 변천을 보면 의료행위의 전문화·세분화에 따라 해당 의료기사의 업무범위가 변화하였음을 알 수 있다. 그 예로 임상병리사의 경우 최초 1964.5.21. 의료보조원법 시행령에서는 ‘병리학, 생리학, 미생물학, 생화학, 법의학 등의 분야에서 임상병리업무에 종사’라고 규정하고 있다. 이후 1973.9.20 기생충학과 혈청학의 분야가 추가되었고 구체적으로 임상병리검사업무에 필요한 기계·기구·시약 등을 보관·관리·사용가검물의 채취·검사용 시약의 조제, 혈액의 채혈·제제·제조·조작·보존·공급 등으로 업무범위가 의사의 의료행위에 대하여 보충적인 역할을 할 수 있도록 확장되었음을 알 수 있다. 특히 혈액의 채혈행위는 의사와 간호사의 업무범위와 중복되는 영역이며 어느 정도의 침습성을 동반할 수 있는 행위를 임상병리사의 업무 영역으로 인정할 예가 된

68) 이종원, 앞의 논문, 160면.

69) 의료기사 등에 관한 법률 제2조(의료기사의 종류)에 의하면 의료기사의 종류는 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사 및 치과위생사로 국한된다.

70) 의료기사 등에 관한 법률 제1조의2에 의하면 “의료기사”란 의사 또는 치과의사의 지도 아래 진료나 의화학적(醫化學的) 검사에 종사하는 사람을 말하며 “의무기록사”란 의무(醫務)에 관한 기록을 주된 업무로 하는 사람을, “안경사”란 안경(시력보정용에 한정한다. 이하 같다)의 조제 및 판매와 콘택트렌즈(시력보정용이 아닌 경우를 포함한다. 이하 같다)의 판매를 주된 업무로 하는 사람을 말한다고 정의하고 있다.

다. 그 이후에도 진단 및 검사 기기 등의 발전에 따라 1982.10.13 ‘보건사회부장관이 정하는 생리학적 검사의 분야’로 업무 범위가 확장되고 1989.4.4. ‘요화학·세포병리학·방사성동위원소를 사용한 가검물 등의 검사’로 확장 1990.8.8. 생리학적 검사로 심전도·뇌파·심폐기능·기초대사 기타 생리기능에 관한 검사의 분야에 임상병리사가 종사할 수 있게 되었다. 이는 일관되게 의료영역의 의료기와 기술의 발전, 영역의 세분화에 따라 임상병리사의 업무 영역이 확장되는 방향으로 변화하였음을 알게 해주는 한 예가 될 수 있다. 임상병리사 외에도 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사도⁷¹⁾ 그러하며 의료기사는 아니지만 의무기록사의 업무범위 역시 확장, 세분화되고 있다.

우리나라 보건의료법제 내에서 보건의료서비스 제공 주체의 세분화·전문화 현상은 앞에서 살펴본 의료기사 제도 뿐 아니라 의료법 내에서 전문 간호사 제도, 응급의료에 관한 법률에 근거한 응급구조사 제도에서도⁷²⁾ 나타난다. 전문간호사는 의료인 중 간호사의 면허 뿐 아니라 전문인으로서 일정한 자격을 갖추고 국민으로부터 해당 전문직종이 인정을 받을 수 있도록 최소한의 자격을 부여하고 의료서비스를 제공받는 환자를 보호하기 위해 도입된 제도이다. 의료법 제78조에 의해 보건복지부장관은 간호사에게 간호사 면허 외에 전문간호사 자격을 인정할 수 있다. 전문간호사의 종류, 자격 구분, 자격 기준, 자격증, 그 밖에 필요한 사항 등을 보건복지가족부령과 『전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙』에서 정하고 있으나 이 역시 구체적인 업무 범위를 정하고 있지는 않다. 대한간호협회

71) 치위생사의 업무범위 역시 1967.8.23. 의료보조원법 시행령에는 ‘치아 및 구강질환의 예방치료 기타 구강위생에 관한 업무’에 종사하는 것에서 최근 1996.4.19. 의료기사 등에 관한 법률 시행령에서는 구체적으로 ‘치석제거 및 치아우식증의 예방을 위한 불소도포 기타 치아 및 구강질환의 예방과 위생에 관한 업무에 종사’하면서 이 경우 의료법 규정에 의한 안전관리기준에 적합하게 진단용방사선발생장치를 설치한 보건기관 또는 의료기관에서 구내진단용방사선촬영업무를 할 수 있도록 구체화하고 업무범위를 확장하였다.

72) 응급구조사는 응급의료에 관한 법률에 의해 응급환자가 발생한 현장에서 응급환자에 대하여 상담·구조 및 이송 업무를 수행하며, 「의료법」 제27조의 무면허 의료행위 금지 규정에도 불구하고 보건복지부령으로 정하는 범위에서 현장에 있거나 이송 중이거나 의료기관 안에 있을 때에는 응급처치의 업무에 종사할 수 있다(법 제41조).

는 전문간호사를 ‘간호실무 경험을 바탕으로 전문간호 분야에 대한 특수한 지식과 기술을 전문교육과정을 통해 습득한 후 법적인 인정을 받고 상급실무를 수행하는 간호사’라고 정의하였고⁷³⁾, 임상간호사회에서는 ‘간호실무를 바탕으로 석사학위 이상의 전문교육과정을 통해 전문간호분야에 대한 특수한 지식과 기술을 습득한 후 전문가 집단의 인증을 받고 전문간호분야의 숙련가로 상급실무를 수행하는 간호사’라고 정의하였다⁷⁴⁾.

전문간호사제도의 연혁을 보면 특정 간호업무 분야에서의 전문성에 대한 필요성은 1960년대 당시 국민의 건강관리를 위해 전국적으로 보건소와 보건지소를 설치하면서 자격 있는 보건요원 확보 문제가 대두되면서, 특히 지역사회 주민에게 부족한 의료서비스를 직접적으로 제공하기 위해 공중보건 사업의 담당자로서 간호 인력의 필요성에서 기인하였다.⁷⁵⁾ 전문간호사의 개념이 법에 처음 대두된 것은 1973년 의료법에 ‘분야별 간호원’이라는 명칭이 명기되면서부터라고 볼 수 있다. 이후 좀 더 다양한 간호사의 전문화는 1990년대 종합병원을 중심으로 팀의료의 필요성을 전제로 의료기관 내에서 의료분업 형태의 전문화 및 다양화에 따른 필요성에 따라 다양한 명칭과 업무를 담당하는 전문 간호 인력의 활동이 증가되면서 나타났다.⁷⁶⁾ 2000년 1월 의료법 개정시 ‘분야별 간호사’가 ‘전문간호사’로 명칭이 변경되어 ‘전문간호사’라는 명칭이 법에 명시적인 근거를 마련하게 되었다.⁷⁷⁾ 이후 2003년 의료법 시행규칙에 전문간호사의 자격구분 및 기준전문간호사 자격시험에 대한 일부 조항이 삽입되고 교육과 시험 등에 관한 사항은 보건복지부 고시(전문간호사 과정 등에 관한 고시)

73) 김윤희, 문희자, 현대간호의 주요쟁점(상), 경희대학교 출판국, 2004, 13쪽

74) 김윤희, 문희자, 앞의 책, 13쪽

75) 마찬가지로 1970년대 당시 마취전문의의 절대적인 부족으로 인해 마취분야의 전문적인 간호인력의 필요성이 대두되고, 정신질환자의 급격한 증가에 따른 요양시설과 담당할 수 있는 인력에 대한 문제점이 대두됨에 따라 정신분야 전문간호사의 필요성이 인정되게 되었다.

76) 참고로 우리나라에서 면허된 의료인으로서의 간호사는 1951년 국민의료법의 제정을 통해 제도화되었으며, 1962년 간호사 국가시험이 실시되면서 간호사의 구체적인 면허와 자격요건이 규정되었다.

77) 현재 의료법 제78조 제1항에서 보건복지가족부장관은 간호사에게 간호사 면허 외에 전문간호사 자격을 인정할 수 있다고 규정하고 제1항에 따른 전문간호사의 자격 구분, 자격 기준, 자격증, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하고 있다.

로 제정됨에 따라 전문간호사의 자격요건 및 교육 등에 대한 제도화의 틀을 갖추게 되어 2004년 교육과정을 개시하게 되었다. 이와 같이 전문간호사는 '의료법'에 그 자격을 둘 수 있다는 근거규정을 두고 있으며, 당시 보건복지부령인 '전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙'에서 구체적인 사항을 제시하고 있다. 2006년 의료법 시행규칙과 복지부 고시에 나누어져 있던 전문간호사 자격, 교육과 시험 등에 관한 사항은 『전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙』으로 모아서 제정되었다.⁷⁸⁾

전문간호사 분야는 2004년 4개 분야 전문간호사(가정, 보건, 마취, 정신)에 더하여 감염관리, 노인, 보험심사, 산업, 응급, 중환자, 호스피스가 추가되었다가 2006년 7월 규칙 개정으로 종양, 임상, 아동 세 분야가 더 추가되어 현재 13개 전문분야가 되었다. 현재 우리나라 전문간호사 자격은 보건, 마취, 정신, 가정, 감염관리, 산업, 응급, 노인, 중환자, 호스피스, 종양, 임상 및 아동분야로 구분된다.(전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 제2조)

의료기술의 전문화와 세분화와 같은 의료환경의 변화와 의료인력 수급 불균형의 문제 등을 배경으로 대두 된 전문간호사 제도는 업무범위 등에 대하여 현재 우리 보건의료법제 내에서는 일종의 법률적 미비로 인해 법적으로는 일반 간호사와 같은 업무범위만을 인정받고 있다. 따라서 전문간호사에 의한 의료행위가 의사의 구체적인 지시없이 이루어지거나 의사만이 행할 수 있는 행위로 평가받는다면 해당 전문간호사는 면허된 범위의 의료행위로 인해 무면허의료행위로 처벌을 받을 수도 있다.⁷⁹⁾ 이는

78) 김윤희, 문희자. 앞의 책, 14쪽.

79) 대법원은 마취전문간호사의 업무범위에 대하여 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제2항 제5호는 '간호사는 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다'라고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 의사가 간호사에게 진료의 보조행위를 하도록 지시하거나 위임할 수는 있으나, 고도의 지식과 기술을 요하여 반드시 의사만이 할 수 있는 의료행위 자체를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로, 간호사가 의사의 지시나 위임을 받고 그와 같은 행위를 하였다고 하더라도 이는 구 의료법 제25조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다고 판시하였다.(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도2306 판결 등 참조). 그리고 구 의료법 제56조 제1항, 제2항, 구 의료법 시행규칙(2006. 7. 7. 보건복지부령 제364호 '전문간호사의자격인정 등에관한규칙' 부칙 제6조에 의하여 개정되기 전의 것) 제54조 제1항, 제2항 등을 중

제도의 취지는 물론 전문교육과정을 통해 취득한 자격임에도 불구하고 일반 간호사와 같은 제한된 업무범위만을 인정하고 있는 것은 평등하지 않다는 결론에 이를 수도 있다. 그러나 업무범위의 확대 내지는 지금까지 의사에 의해 제공되어오던 의료서비스가 전문간호사의 업무범위로 인정되기 위해서는 사회통념 상 위험에 대한 평가가 각 행위별로 구체적으로 이루어져야 하며, 환자들을 포함하는 일반 국민들의 수인이 필요하다. 따라서 현재 의료기술의 전문화와 세분화에 따른 보건의료서비스 제공 주체 확대의 필요성이 보건의료법제에 반영됨은 물론 사회적으로 인정되어야 하는 것이다. 물론 일반간호사보다 확장된 개념의 업무범위의 인정은 전문간호사 스스로의 더 높은 수준의 주의의무 기준에 의해 평가받는다는 것을 의미하고 이는 전문간호사 스스로의 책임으로 귀결될 수 있다는 것 역시 인식되어야 한다.

결국 의료인과 비의료인의 이원적 체계로만 구성되어 있는 보건의료법제는 의료서비스 제공주체의 확장과 관련하여 보건의료정책적 측면에서 재논의되어야 하지만⁸⁰⁾ 물론 여기서도 의료주체의 문제와 위험성에 대한 고려, 제도권 내로의 편입과정과 이후 행위에 대한 책임발생의 문제들이 함께 논의되어야 함은 당연하다. 의료주체의 확장은 주된 의료서비스에 대하여 보충적으로 또는 경우에 따라서 대체할 수 있을 정도의 필요성이 있을 수 있다는 것에 동의할 수도 있다. 그러나 현재 우리나라 보건의료법체계 내에서는 의료인과 비의료인 외에 중간적인 주체를 인정할 수

합하면, 전문간호사가 되기 위하여는 간호사로서 일정한 자격을 가지고 자격시험에 합격하여 보건복지부장관의 자격인정을 받아야 하나, 이러한 전문간호사라고 하더라도 마취분야에 전문성을 가지는 간호사인 자격을 인정받은 것뿐이어서 비록 의사의 지시가 있었다고 하더라도 의사만이 할 수 있는 의료행위를 직접 할 수 없는 것은 다른 간호사와 마찬가지로이다. 따라서 대법원은 마취액을 직접 주사하여 척추마취를 시행하는 행위는 약제의 선택이나 용법, 투약 부위, 환자의 체질이나 투약 당시의 신체 상태, 응급상황이 발생할 경우 대처능력 등에 따라 환자의 생명이나 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 행위로서 고도의 전문적인 지식과 경험을 요하므로 의사만이 할 수 있는 의료행위이고 마취전문 간호사가 할 수 있는 진료 보조행위의 범위를 넘어서는 것이므로, 피고인의 행위는 구 의료법 제25조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다고 판단하였다. [대법원 2010.3.25, 선고, 2008도590, 판결]

80) 예를 들어 민중의학이나 보완대체의학에 대한 논의가 그러하다.

김나경, “의료개념의 다층적 이해와 법”, 『2010 대한의료법학회 추계학술대회』, 12-13쪽.

있을 것인가 만약 그렇다면 어떠한 절차를 거쳐야 하는지 또 이후 어떻게 관리되어야 하는지의 문제가 해결되어야만 한다.

요약하자면 현재 우리나라 보건의료법체계 내에서 치료효과에 대한 입증은 물론 안전성을 확보하는 것이 도입가능성 검토를 위해 우선적으로 해결하여야 하는 것이다. 또한 의료주체의 확장에 있어서도 자격의 표준화 내지는 개별적인 주체에 대하여 사후적으로 관리되어야 하는 체계가 마련되어야 하고 이들에게서 법적인 보고의무나 기록, 진료제공 의무와 같은 법적인 의무가 부과되어야 한다. 이 과정에서 기록이나 설명에 있어서의 표준화가 이루어져야만 적정성 판단의 근거가 마련될 것임은 물론이다. 마지막으로 책임발생에 있어서 전문가로서 어느 정도의 주의의무의 판단기준이 적용되어야 할 것이며 발생할 수 있는 악결과에 대한 손해배상 등의 문제가 함께 논의되어야만 의료주체의 확장과 위험성 해석 등을 통한 보완대체의료의 수용가능성에 대한 논의가 진행될 것으로 본다.

(3) 보건의료서비스 제공 주체의 사적화

의료 개념은 보건 개념과 구분되어야 하기도 하지만⁸¹⁾ 우리나라는 국가가 보건의료서비스를 스스로 제공할 수 없는 한계를 의료기관(국민건강보험법에서는 요양기관)을 통해 보건의료서비스를 제공하도록 하고 이에 대하여 국가가 주도하여 규제하는 방식으로 운영되고 있다. 그러나 실

81) 왜냐하면 보건은 보건의료기본법 등에서 의료와 함께 종합적인 건강증진체계를 구축하는 영역으로 예방과 건강증진의 기능을 즉 일개 의료기관이 개별적으로 수행할 수 없는 기능을 국가가 공공의 역할로 수행하여야 하기 때문이고, 예를 들어 보건소에서 수행하는 질병예방사업 이외에 진료기능에 대해서는 해당 행위의 주체가 본연의 기능에 충실하고 있는 것인지 먼저 검토해보아야 하고 의료자원의 배분의 문제에 있어서 보건소의 진료기능이 중복되는 기능인지여부와 그 수혜자 영역이 의료의 접근성을 고려할 때 일반 환자 모두에게 보건소의 진료기능이 제공되는 것이 적절한 것인지에 대한 비판도 가능하다.

이상돈, “의료개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』제29호, 2008, 102쪽

실제로 우리나라 의료기관이 환자에게 제공하는 서비스는 검사와 약물 처방 등 치료서비스에 국한되어 있고, 건강한 국민이 자신의 건강을 지속적으로 유지할 수 있도록 지원하는 건강증진과 질병예방 서비스, 질병에 걸린 국민이 수월하게 질병을 치료할 수 있도록 지원하는 질병관리서비스 제공 기반은 매우 취약한 실정이라는 평가를 받고 있다. 이진석, 앞의 논문, 4쪽.

제로 의료기관의 개설주체들은 의료법 제33조 제2항에 의해 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사들로 대부분이 민간 의료기관이다.

사회복지영역에서 공공성이란⁸²⁾ 일반적으로 사회복지 공급과정에서의 국가역할을 의미하는 것으로서 이를 형식적 측면과 실질적 측면으로 구분하여 전자는 사회복지 공급과정에서 국가, 시장, 가족, 비영리조직, 기업 간에서 사회복지서비스 지출비용, 비율, 정부역할의 정당성 등 국가가 차지하는 역할을 통해 추자는 사회권으로서 소득보장권, 건강권, 노동권, 교육권 등의 실현을 위한 국가의 의무를 중심으로 이해하기도 한다.⁸³⁾

그렇다면 이러한 공공성 개념을 고려할 때 우리나라 보건의료서비스 제공 주체는 어떠한가. 물론 우리나라는 국가 주도 하에 전국민 건강보험 제도를 운영함으로써 공공성이 충분히 확대되어 있는 것으로 이해될 수도 있지만 실제로 의료서비스를 제공하는 의료기관의 개설주체들을 고려할 때 공공의료기관은⁸⁴⁾ 병상대비 8%에 불과한 현실이다.⁸⁵⁾ 따라서 국가에 의하여 요양급여기준 등이 엄격하게 규제되고 있으나 현실적으로 의료서비스는 민간에 의해 제공되는 형태인 것이다.

이러한 현실을 고려할 때 보건의료영역도 여타의 사회복지서비스의 변화 현상과 마찬가지로 보건의료영역에 있어서도 영리를 목적으로 하는 개인 또는 단체사업자의 급증과 더불어 사회적 책임에 대한 민간의존성이 컸고 점점 더 강화되어가고 있는 실정이다.⁸⁶⁾ 약 십여 년 전에도 이러

82) 공공성(public)이란 개방(공개)된, 정부가 수행하는 등의 의미가 내포되어 있고, 여기에 공동체 또는 국가 전체의 구성과 관련된, 공동체나 국민 전체를 위한, 국민 전체에 개방된, 국가사무와 관련되, 공비와 공적 통제에 의해 이루어지는, 모두에게 알려진 등의 개념들이 포함되어 있다.

김중혜, “보육서비스의 공공성 평가와 전망”, 『사회과학연구』, 제22집, 한국보육학회, 2006, 59쪽

83) 신동면, “사회복지의 공공성 측정에 관한 연구”, 『한국사회정책』 제17집 제1호, 2010, 261쪽

84) 의료법에 의한 의료기관 개설주체는 공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 준정부기관, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따른 지방의료원, 「한국보훈복지의료공단법」에 따른 한국보훈복지의료공단으로 제한되어 있다.

85) 이진석, “의료공급체계의 공공성 강화 방안”, 『한국사회복지정책학회 춘계학술대회 발표논문집』, 2012, 18쪽

86) 김만호, 정주향, 최영신, “노인장기요양보험제도의 공공성 연구”, 『복지행정논총』 제21권 제2호, 한국복지행정학회, 2011, 111-2쪽.

한 현상에 대하여 앞에서 언급한 요양기관 당연지정제에 대한 헌법재판소 결정에서 이미 “입법자가 강제지정제를 채택한 것은 첫째, 의료보험의 시행은 인간의 존엄성실현과 인간다운 생활의 보장을 위하여 헌법상 부여된 국가의 사회보장의무의 일환으로서 이를 위한 모든 현실적 여건이 성숙될 때까지 미루어질 수 없는 중요한 과제라는 규범적 인식, 둘째, 우리의 의료기관 중 공공의료기관이 약 10여 %에 불과하기 때문에 민간의료기관을 의료보험체계에 강제로 동원하는 것이 의료보험의 시행을 위해서는 불가피다는 현실적 인식에 기초하고 있는 것”으로 보았다.⁸⁷⁾

이러한 현상들은 보건의료정책적 측면에서 강화되면서 법제화되기에 이르렀다. 공공보건의료에 관한 법률 제2조에 의하면 “공공보건의료”란 국가, 지방자치단체 및 보건의료기관이 지역·계층·분야에 관계없이 국민의 보편적인 의료 이용을 보장하고 건강을 보호·증진하는 모든 활동을 말한다고 정의하면서 그 주체가 되는 “보건의료기관”에 대한 정의를 국가나 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체가 공공보건의료의 제공을 주요한 목적으로 하여 설립·운영하는 보건의료기관으로 정의하고 있다. 그러나, 최근 공공보건의료수행기관에 관하여 2012.2.1. 『공공보건의료에 관한 법률』 개정을 통하여 민간의료기관까지 공공보건의료 역할을 부여하는 것으로 정책 방향을 설정하였다.⁸⁸⁾ 이는 공공보건의료를 기능적 관점에서 재정의하고 민간기관도 공공보건의료 역할을 인정하고 지원하겠다는 취지이다. 구체적으로는 개정 전 공공보건의료기관만 공공보건의료를 수행하도록 하고 있었던 제도에서 민간의료기관도 의료취약지 거점의료기관, 공공전문진료센터로 지정받으면 공공보건의료를 수행할 수 있도록 함으로써 공공보건의료체계를 개선하겠다는 취지였다. 이 때 보건복

87) 전원재판부 99헌바76, 2002.10.31

88) 공공보건의료에 관한 법률 제2조 제4호 “공공보건의료 수행기관”이란 다음 각 목의 보건의료기관을 말한다.

가. 공공보건의료기관

나. 제13조에 따른 의료취약지 거점의료기관

다. 제14조에 따른 공공전문진료센터

라. 제16조제2항에 따라 보건복지부장관, 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)과 협약을 체결한 의료기관

지부장관은 의료서비스의 공급이 현저하게 부족한 지역을 의료취약지로 지정하고, 수익성이 낮아 공급이 원활하지 않은 전문 진료 분야에는 공공 전문진료센터를 지정하는 역할을 부여하고 각각 재정적·행정적 지원을 할 수 있는 근거를 이 법에서 마련하였다.⁸⁹⁾

우리나라 보건의료법제에서 보건의료서비스 제공주체인 의료기관에 대한 규제는 대부분 의료법에 그 근거를 두고 있다. 의료기관에 대한 규제는 의료기관 개설 주체의 제한⁹⁰⁾, 병원감염 예방 의무와 같은 법적인 의무 부과⁹¹⁾ 및 의료기관 인증평가제도를 통한 규제 등이 그것이다.⁹²⁾ 또한 의료법 제59조에 의해 보건복지부장관 또는 시·도지사는 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해(危害)가 발생하거나 발생할

89) 주요개정 내용을 보면 국가 차원에서는 공공보건의료에 대한 체계적인 계획을 수립하고 시행할 필요가 있어 보건복지부장관으로 하여금 5년마다 공공보건의료 기본계획을 수립하도록 하고(제4조) 주기적으로 국민의 의료 이용 실태 및 의료자원의 분포 등을 평가하고 의료서비스의 공급이 현저하게 부족한 지역을 의료취약지로 지정·고시할 수 있도록 하고, 시·도지사는 의료취약지에 있는 의료기관을 의료취약지 거점의료기관으로 지정하여 지원할 수 있도록 하였다.(제12조 및 제13조). 또한 같은 법 제14조에서는 수익성이 낮아 공급이 원활하지 않은 전문진료 분야나 지역별 공급의 차이가 커서 국가의 지원 필요성이 있는 전문진료 분야 등에 대하여 시설·인력 및 장비를 갖추었거나 갖추 능력 있다고 인정하는 의료기관 중에서 공공전문진료센터를 지정·지원할 수 있도록 함으로써 보건의료서비스 제공 주체를 민간의료기관으로 확대하였음을 알 수 있다.

90) 의료법 제33조 제2항에 의해 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 이 경우 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과 의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사
2. 국가나 지방자치단체
3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)
4. 「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인
5. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 준정부기관, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따른 지방의료원, 「한국보훈복지의료공단법」에 따른 한국보훈복지의료공단

91) 의료법 제4조(의료인과 의료기관의 장의 의무) ① 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 병원감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다.

92) 의료법 제58조(의료기관 인증) ① 보건복지부장관은 의료의 질과 환자 안전의 수준을 높이기 위하여 병원급 의료기관에 대한 인증(이하 “의료기관 인증”이라 한다)을 할 수 있다.

우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다고 규정하고 있으며, 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관 개설자가 집단으로 휴업하거나 폐업하여 환자 진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 의료인이나 의료기관 개설자에게 업무개시 명령을 할 수도 있다. 이 때 의료인과 의료기관 개설자는 정당한 사유 없이 제2항의 명령을 거부할 수 없다. 이러한 역할들이 보건의료서비스 제공에 있어서 공공성 확보의 영역으로 소위 국가에 부과된 의무이기도 하다.

그 외 소위 필수 의료영역으로 구분되는 응급의료서비스를 제공하는 응급의료기관에 대하여 응급의료계획을 세우고(응급의료에 관한 법률 제13조, 제13조의 2), 응급의료기관을 지정하며 주기적인 평가를 통하여⁹³⁾ 응급의료기금 등을 지원하는⁹⁴⁾ 역할을 하고 있는 것이 국가의 역할이고⁹⁵⁾, 실질적인 의료서비스의 제공은 일부 공공의료기관을 제외하고는 민간자본에 의해 개설된 의료기관들이 제공하고 있다. 특히 우리나라는 요양기관 당연지정제에 의하여 모든 의료기관들은 요양기관으로 지정되어 국민건강보험제도 내에 포섭되게 되므로 국가에 의한 규제는 이를 통해서도 가능하게 된다. 이러한 현상은 국가의 강력한 규제 하에서 제한되고 표준화 된 의료서비스를 제공하여야 하는 의료기관 및 의료인과 규제당국 간에 갈등을 발생시키기도 한다.⁹⁶⁾

93) 응급의료에 관한 법률 제17조(응급의료기관등에 대한 평가) ① 보건복지부장관은 응급의료기관등의 시설·장비·인력, 서비스 내용 및 결과 등에 대하여 평가를 할 수 있다. 이 경우 평가 대상이 되는 응급의료기관등의 장은 특별한 사유가 없으면 평가에 응하여야 한다.

94) 응급의료기금은 법 제21조(기금의 사용)에 의해 응급환자의 진료비 중 제22조에 따른 미수금의 대지급(代支給), 응급의료기관등의 육성·발전과 의료기관의 응급환자 진료를 위한 시설 등의 설치에 필요한 자금의 융자 또는 지원, 응급의료 제공체계의 원활한 운영을 위한 보조사업, 대통령령으로 정하는 재해 등이 발생하였을 때의 의료 지원, 구조 및 응급처치 요령 등 응급의료에 관한 교육·홍보 사업, 응급의료의 원활한 제공을 위한 자동제세동기 등 응급장비의 구비 지원, 응급의료를 위한 조사·연구 사업, 기본계획 및 지역응급의료시행계획의 시행 지원 등에 사용할 수 있다.

95) 응급의료에 관한 법률 제16조(재정 지원) ① 국가 및 지방자치단체는 예산의 범위에서 응급의료기관등에 대하여 필요한 재정 지원을 할 수 있다.

보건의료서비스 제공주체의 사적화(Privatization) 현상은 최근에는 국민의 보건의료서비스에 대한 다양한 수요와 사회보장체계의 마련을 위해 국가 스스로 모든 서비스를 제공할 수 없는 한계를 극복하기 위한 필수적인 방향성임은 인정되고 있다. 다만 우리가 주목해야 할 것은 이러한 서비스제공주체의 변화는 책임의 이동이 함께 이루어져야 한다는 것이다. 인력지원이나 비용의 보조와 같은 경제적인 지원 외에 국가에 의한 인증평가가 이루어지는 경우 또는 건강보험급여기준에 의한 진료가 제공되는 경우 이 때 표준적인 서비스의 제공과 관련하여 분쟁이 발생하거나 기준보다 더 높은 수준의 서비스를 원하는 국민 또는 수급자들과의 갈등 조정의 역할을 국가가 수행하여야 한다는 것이다.

또 다른 정부의 역할은 또한 인증평가와 같은 표준화에 대한 기준마련과 제도의 운영이며 인센티브 제도와 같은 다양한 방면의 지원제도 등도 포함된다. 이 때 정부의 지원 정도는 공공성 이동 정도와 유사한 정도의 지원이 필요할 것이며 인증기준 등의 제도는 현재 우리나라 보건의료법체계를 고려하여 만들어져서 운영되어야 함은 당연하다.⁹⁷⁾ 즉 정부는 이러한 정책들의 수립하고 수행함에 있어 현행보건의료법체계는 물론 이

96) 앞서 언급한 의학적 임의비급여의 필요성에 대하여 법원이 인정할 수밖에 없었던 근거 역시 국가에 의해 사회·경제정책적 법률인 국민건강보험법을 통하여 국민건강보험제도를 유지하고자 하는 목적과 함께 의료인과 의료기관의 장으로서의 가입자 등과 체결한 진료계약에 따라 최선의 진료를 다할 의무와 의료의 질을 향상시키고 병원감염을 예방하는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력할 의무가 함께 부과되기 때문에 이러한 체계 내에서 갈등이 발생할 수밖에 없다는 것을 인정하고 이에 대하여 기존 제도를 개선하거나 활성화 시킬 수 있는 방안을 마련하고 이후 의학적 임의비급여 사용과 관련된 구체적 절차를 마련하도록 사법부가 제안함으로써 보건의료체계 내에서 각 주체들 간의 갈등과 책임발생가능성에 대하여 정부에게 그 해결을 위한 임무를 부과하였다. [대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639 판결]

97) 최근 의료기관 인증조사기준과 현행 국민건강보험급여기준 간에 국민건강의 유지증진이라는 상위의 목적은 같으나 의료서비스의 질 향상 및 환자안전제고 등을 실행 목적으로 하는 의료기관인증조사기준과 진료행위의 의학적 안전성, 유효성 및 필요성과 아울러 '경제성' 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 하는 요양급여 인정기준 및 요양급여비용의 산정기준 간에 세부 내용상의 차이와 기준 목적의 상이함으로 인하여 의료기관들의 혼란이 야기되기도 하였다. 이화여자대학교 생명의료법연구소, 인증기준과 건강보험급여기준과의 일관성 분석, 의료기관평가인증원, 2011.

보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용

연구에서 밝힌 바와 같이 건강개념의 변화 내지는 의료행위의 사회과학적 개념과 그 수요에 대한 반영을 통한 절충이 필요한 영역 중 하나이다.

IV. 결론: 법시스템 확대를 통한 정책적용

지금까지 한국의 보건의료법제와 판례 등에서 나타난 건강과 의료행위의 법적 정의가 어떻게 변화하였으며 그에 따른 보건의료법제의 변화 양상에 대하여 검토해보았다.

건강과 의료행위에 대한 새로운 개념과 변화가 반영된 보건의료법제에 대한 검토를 통해 향후 보건의료정책의 방향성을 제시해보고자 하였다. 법과 보건의료정책과의 관계는 앞에서 예로 든 국민건강보험법과 같이 입법절차를 거쳐 만들어진 법률이 정책의 실현수단이 되는 것과 법원 또는 헌법재판소에 의한 사법부의 결정이 정책을 유도하는 기능을 할 수도 있다. 특히 사법부의 결정은 기존에 존재하던 법률의 적용과 해석으로써 정책형성과정에서 반드시 필요로 했던 입법절차의 시간적·절차적 한계를 효율적으로 극복할 수 있게 하기도 하여 사회변화 내지는 관련 개념에 대한 인식의 변화를 반영하기에 용이한 장점이 있다. 보건의료 영역에 있어서도 이러한 사법부의 결정들은 보건의료 관련 법률들과 함께 정책실현을 위한 도구적 기능만이⁹⁸⁾ 아니라 정책추진 기능을 하고 있다. 이러한 방향으로의 법시스템 확대는 사법을 이른바 ‘분쟁지향형’소송에서 ‘정책지향형’소송으로 이행케 한다.⁹⁹⁾

물론 사회 환경의 변화와 이를 반영한 보건의료법제 내에서 건강관련 개념의 변화가 신속하게 법률의 제·개정 절차를 통해 반영된다면 가장 이상적일 것이다. 보건의료 영역의 법제화 과정은 법적 강제력을 확보한다는 점 특히 실질적인 법의 지배가 가능할 수 있기 위해 더욱 민감하게

98) 예를 들어 저출산·고령사회기본법은 저출산 및 인구의 고령화에 따른 변화에 대응하는 저출산·고령사회정책의 기본방향과 그 수립 및 추진체계에 관한 사항을 규정함으로써 국가의 경쟁력을 높이고 국민의 삶의 질 향상과 국가의 지속적인 발전에 이바지함을 목적으로 2012년 제정되었다.

99) 박은정, 왜 법의 지배인가, 돌베개, 2011, 229쪽

사회변화와 그에 따른 건강관련 개념을 인식하는 관점의 변화 등을 반영하여야 한다. 그러나 이미 앞에서 보건의료법제와 관련된 연혁적인 검토를 통하여 확인한 바에 의하면 새로운 법률이 만들어지고 개정되는 것은 절차와 시간이 소요되고 뿐만 아니라 그 정당성을 확보하기 전 정치적 입장과 이익단체들의 입장과 같은 다른 요인들이 많이 개입할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 따라서 저자들은 이 논문에서 소위 법 시스템의 확대 내지는 사법부의 결정을 통하여 판례의 변경들이 법률의 제·개정에 직접적인 영향을 미칠 수 있고 더 나아가 보다 효율적이고 신속한 정책수립의 방향제시와 구체화 근거 마련의 역할이 가능할 수 있을 것이라는 것을 강조하고 싶다.

최근 의학적 임의비급여¹⁰¹⁾ 관한 대법원 판례의 변경이 그런 예로 들 수 있을 것이다.¹⁰²⁾ 이 판결은 의료의 질을 중시하는 의료소비자의 태도 변화와 빠른 의료기술 발전을 따라가기에는 절차 상 규제의 한계가 있는 현재의 우리 사회의 상황이 반영된 것이다. 대법원은 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 갖추었다는 등의 사정이 인정되면¹⁰³⁾ ‘사위 기타 부당한 방

100) 앞에서 의료법의 개정 연혁을 고찰한 결과 나타나는 일관된 교훈은 의료법 역시도 현실 적합성과 사회문화적 배경에 대한 충분한 이해 없이 국가가 통제위주로 관련 법제를 강제화하는 것은 부정 의료업과 같이 그 제공주체에 있어서의 왜곡되는 현상이 발생하거나 오히려 면허를 가진 의료인들이 국민으로부터 외면당할 수도 있는 상황이 벌어질 수도 있다는 것이다.

101) 임의비급여란 국민건강보험법 제39조 제1항이 열거한 요양급여의 종류에 해당하는 행위이지만 위 요양급여의 기준에 관한 규칙 제8조 제2항에 의거하여 보건복지부장관이 고시한 요양급여의 목록에 포함되지 않고 같은 규칙 제9조와 이에 근거한 규칙 별표2에 따른 비급여대상으로도 열거되지 않은 행위를 ‘임의로’하게 되는 경우를 의미한다. 국민건강보험법 제39조 제2항의 위임을 받은 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제8조 제1항은 요양급여의 범위에 대해, 동법 제39조 제1항의 각호의 요양급여(약제는 제외)는 “제9조에 따른 비급여대상을 제외한 일체의 것으로 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 같은 규칙 제2항이 요양급여의 범위를 급여목록표로 정하여 고시하고 있는 이상 고시에 등재되어 있는 않는 방식의 의료행위 등은 비급여대상에서 제외되어 있을지라도 요양급여의 대상이 될 수 없는 이분법적인 문제가 발생할 수밖에 없다.

102) 대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639 판결

103) 대법원은 이러한 사정으로 진료행위 당시 시행되는 관계법령 상 건강보험 틀 내로 편입시키는 절차가 마련되어 있지 않거나, 또는 그 절차가 마련되었다 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 그 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 그 절차의 진행과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운

법으로 요양급여비용을 받거나 이를 부담하게 한 때'에 해당하지 않는다는 소위 의학적 임의비급여의 허용요건을 밝히는 판결을 통해 종전 대법원의 입장¹⁰⁴⁾ 변화와 함께 이를 실현하기 위한 정책적 구체화의 필요성을 제시하였다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

위에서 언급한 헌법재판소의 결정에서도 보건의료정책에의 영향을 미치고자 하는 의도를 찾을 수 있다. 헌법재판소는 국민건강보험법에 의해 요양기관당연(강제)지정에 대하여 건강보험제도의 입법목적 달성의 필요성을 들어 그 합헌성을 인정하기는 하였으나 그 결정문에서는 향후 국가의 역할에 대하여 강조하여 언급하고 있다. 현재는 '국민건강보험법에 의해 요양기관 강제지정제를 유지하는 한 국가는 진료과목별 수가의 불균형 및 동일 진료과목 내 행위별 수가간의 불균형을 시정해야 하고, 의학의 새로운 발전과 기술개발에 부응하는 진료수가의 조정을 통하여 시설 규모나 설비투자의 차이, 의료의 질적 수준의 다양함을 보다 정확하게 반영해야 하며, 의료인에게 의료기술발전에 동기부여를 할 수 있는 신의료기술의 신속한 반영체계를 획기적으로 개선해야 한다'는 것과 '장기적 안목에서 공공의료기관을 확충하거나 보험급여율을 높이는 등'¹⁰⁷⁾ 이 결정 이후 아직 구체적인 입법이 마련되지 않은 상태에서도 향후 보건의료정

상황과 진료행위가 의학적 안전성과 유효성 뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성이 있고 가입자 등에게 미리 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료하는데 대하여 동의하여야 할 것을 제시하고 있다.

104) 대법원은 요양기관이 건강보험의 가입자 등에게 요양급여를 하고 그 비용을 징수하는 경우 반드시 관계 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 하며 이와 다르게 그 비용을 징수하는 경우 예외 없이 요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 때에 해당한다는 입장을 취하여 왔다.

[대법원 2007.6.15. 선고 2006두10368 판결]

105) 구체적으로는 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우 건강보험심사평가원 등에 그 내역을 보고하여 그 적정성을 사후에 심사하도록 하는 절차 도입의 필요성, 의학적 임의비급여 허용사유에 대한 구체적인 판단기준, 기존의 일반의약품과 항암제 사전승인제도 운영에 있어서 소요시간 등을 고려한 긴급성의 판단기준, 환자에게 확보하여야 하는 구체적인 동의 절차 마련의 필요성에 대하여 제시하였다.

106) 명순구, 국민건강보험법 역사와 해설, 건강보험심사평가원, 2011, 524-5쪽

107) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 99헌바76

책의 방향을 제시해주고 있다. 실제로 이 결정 이후 국가는 의료법에서 신의료기술평가와 관련된 규정과¹⁰⁸⁾ 건강보험법 상 전문요양기관 지정에 관한 규정을¹⁰⁹⁾ 신설하여 사법부의 결정을 통한 정책방향 제시 이후 법률의 제·개정 활동을 통해 구체화되는 과정의 예를 확인할 수 있었다.

물론 앞서 논의한 대로 모든 보건의료서비스 영역에서 국가가 직접 주체가 되어 수행할 수는 없다. 보건의료서비스 제공 주체가 민간에게 확대되고 있는 것은 보건의료영역을 포함하여 전반적인 사회복지 영역에서 정부의 역할 변화와도¹¹⁰⁾¹¹¹⁾ 연관될 수 있다.¹¹²⁾ 정부의 역할 축소와¹¹³⁾

-
- 108) 제53조(신의료기술의 평가) ① 보건복지부장관은 국민건강을 보호하고 의료기술의 발전을 촉진하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 제54조에 따른 신의료기술평가위원회의 심의를 거쳐 신의료기술의 안전성·유효성 등에 관한 평가(이하 “신의료기술평가”라 한다)를 하여야 한다. <개정 2008.2.29, 2010.1.18>
② 제1항에 따른 신의료기술은 새로 개발된 의료기술로서 보건복지부장관이 안전성·유효성을 평가할 필요성이 있다고 인정하는 것을 말한다. <개정 2008.2.29, 2010.1.18>
- 109) 제42조(요양기관) ② 보건복지부장관은 효율적인 요양급여를 위하여 필요하면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시설·장비·인력 및 진료과목 등 보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하는 요양기관을 전문요양기관으로 인정할 수 있다. 이 경우 해당 전문요양기관에 인정서를 발급하여야 한다....
④ 제2항에 따라 전문요양기관으로 인정된 요양기관 또는 「의료법」 제3조의4에 따른 상급종합병원에 대하여는 제41조제2항에 따른 요양급여의 절차 및 제45조에 따른 요양급여비용을 다른 요양기관과 달리 할 수 있다.
- 110) Himmelstein DU, Woolhandler S. “Privatization in a publicly funded health care system: the U.S. experience.” *Int J Health Serv* 38, 2008, p.407-19.
- 111) Purohit BC. “Private initiatives and policy options: recent health system experience in India”. *Health Policy Plan* 16, 2001, p87-97.
- 112) 이와 관련하여 전반적인 보건의료비용의 상승 등 우려의 목소리가 있긴 하지만 의료접근권의 향상과 의료서비스의 질 향상 등 긍정적인 분석들도 나오고 있다.
Waitzkin H, Jasso-Aguilar R, Iriart C. “Privatization of health services in less developed countries: an empirical response to the proposals of the World Bank and Wharton School” *Int J Health Serv* 37, 2007, p.205.
- 113) 1989년부터 1992년까지 서구 국가들과 국제기구들이 정의하고 있는 좋은 거버넌스 개념은 체계적, 정치적, 행정적 관점에서 설명될 수 있는데 이 중 체계적 관점에서 조직으로서의 정부와는 달리 거버넌스를 정치적, 사회경제적 관계들의 체계를 의미하며, 좋은 거버넌스는 일반적으로 ‘최소국가에 의해 주재되고 있는’ 민주주의적 자본주의 정치체제를 의미한다.
임의영, “거버넌트의 질: 개념적 성찰”, 『정부학연구』 제18권 제2호, 고려대학교 정부학연구소, 2012, 7쪽

보건의료영역의 사적화(privatization) 현상에도 불구하고 국가 즉 보건의료 행정 당국 국가가 직접 의료서비스를 제공하지 않더라도 국가차원의 공공의료 기본계획을 세우고 주기적으로 국민의 의료 이용 실태 및 의료자원의 분포 등을 평가·분석하는 등의 역할은 부과된다.

요약하자면 건강과 의료와 관련된 개념에 대한 다양한 관점과 그 변화를 인식하고자 하는 것은 결국 이러한 변화를 최대한 신속하고 효율적으로 보건의료법제에 반영하고자 함이다. 그래야만 현실과 동떨어진 법제라는 평가를 받지 않거나 실질적인 법의 지배가 가능하게 할 수 있기 때문이다. 과정은 사법부 또는 입법부 스스로 주체가 될 수 있고 이를 근간으로 보건의료정책의 방향성 설정과 구체화 과정에 기여할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 건강과 의료행위에 대한 개념이 범사회적으로 꾸준히 논의되고 검토되어야 할 것이다. 또한, 이러한 논의를 사회문화적으로 시기적절하고 반영하기 위하여 기존 법제에 대한 병행적 또는 사후적 평가가 필요하고 이를 법률의 제·개정에 반영할 수 있는 입법평가 등의 제도적 체계가 구축되어야 할 것이다.¹¹⁴⁾ 또한 이것은 법률이 사회변화에 따른 정책적 결정에 따른 규범적 필요성을 반영하고 사회적·정치적 제세력의 타협을 거치는 합리적 과정을 통하여 법제화·제도화의 과정을 거치도록 하기 위함이다. 이와는 반대로 개별적 이익단체와 사회적·정치적 제세력의 이해관계에 따라 제정 또는 개정됨으로써 법령의 보편적 가치규범력이 상실되는 현상으로 나타나는 것을 막기 위함이기도 하다. 그래야만 법령의 공급자인 국가의 입장이 아닌 수요자인 국민의 관점에서 합리적인 입법이 이루어질 수 있을 것이다. 입법평가제도는 입법의 합리화를 위한 도구로서 작용하면서, 법령에 대한 분석을 통해 입법의 효과와 영향력을 평가하여 그 결과를 향후 입법에 환류(feed-back)함으로써 즉흥적인 졸

114) 입법평가란 법령의 제정·개정에 따른 영향을 사전 또는 사후에 분석하고 평가하여 그 결과를 입법에 반영하는 것을 의미하는 것으로 입법평가제도는 법률의 입안부터 법률안 초안이 작성되고 법률안이 법률로서 시행된 후 국민에게 미치는 효과까지를 분석평가하여 보다 나은 대안을 제시하는 제도로서 입법전반의 과정에서 의미를 가질 수 있는 제도이다.

차현숙, “입법평가 논의의 현황과 전망”, 『일감법학』제22호, 건국대학교 법학연구소, 2012, 49쪽

속입법이나 효과가 불확실한 입법을 사전에 방지하는 등 실질적인 법제 조정과 정책의 반영하는 것을 가능하게 할 수 있을 것이라 평가되기 때문이다.¹¹⁵⁾

지금까지 살펴본 건강과 의료행위 개념은 보건의료법제의 근간이 되는 기본적인 개념들 중 일부 사례에 불과하지만 향후 보건의료법제와 관련된 연구 영역은 우리나라의 보건의료 환경을 반영할 수 있는 다양한 개념들에 대한 인식과 그 변화에 대한 연구영역으로 확장되어야 함을 이 연구를 통하여 강조하고자 한다.

115) 강현철, “한국적 입법평가 모델 정착에 관한 소고”, 『일감법학』제22호, 건국대학교 법학연구소, 2012, 79쪽

참 고 문 헌

- 강현철, “한국적 입법평가 모델 정착에 관한 소고”, 『일감법학』 제22호, 건국대학교 법학연구소, 2012.
- 곽명섭, “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 『법과 정책연구』 제9권 제1호, 한국법정책학회, 2007.
- 김교현, “전인적 건강과 시스템 이론” 『사회과학논총』 제10권, 충남대학교 사회과학연구소, 1999.
- 김나경, “의료개념의 다층적 이해와 법”, 『대한의료법학회 추계학술대회 자료집』, 2010.
- 김만호, 정주향, 최영신, “노인장기요양보험제도의 공공성 연구”, 『복지행정논총』 제21권 제2호, 한국복지행정학회, 2011.
- 김민중, 의료의 법률학, 신론사, 2011.
- 김윤희, 문희자, 현대간호의 주요쟁점(상), 경희대학교 출판국, 2004.
- 김정현, “니체의 건강철학-병과 건강, 치료의 개념을 중심으로”, 『니체연구』 제7집, 한국니체학회, 2005.
- 김중해, “보육서비스의 공공성 평가와 전망”, 『사회과학연구』, 제22집, 한국보육학회, 2006.
- 김희성, 홍은경, “건강권 및 의료접근권에 대한 비교법적 고찰”, 『강원법학』 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.
- 명순구, 국민건강보험법 역사와 해설, 건강보험심사평가원, 2011.
- 박윤재, “한말일제 초 근대적 의학체계의 형성과 식민 지배”, 연세대학교 대학원 사학과 박사논문, 2002.
- 박은정, 왜 법의 지배인가, 돌베개, 2011.
- 서동우, “정신보건의 역사적 변화선상에서 본 우리나라 정신보건법의 문제와 개선안”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2007.
- 신동면, “사회복지의 공공성 측정에 관한 연구”, 『한국사회정책』 제17집 제1호, 2010.
- 양진향, “한국의 전통적 건강개념에 관한 고찰”, 『대한간호학회지』 제30권 제1호, 대한간호학회, 2000.
- 여인석 외, “한국 의사면허제도의 정착과정”, 『의사학』 제11권 제2호, 대

- 한 의사학회, 2002.
- 이광욱, “한국인의 건강개념”, 『간호대학 학술 심포지움 자료집』, 이화여자대학교 간호학연구소, 1989.
- 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』 제27호, 영남대학교 법학연구소, 2008.
- 이상돈·김나경, 의료법 강의, 법문사, 2009.
- 이인영, “무면허의료행위에 대한 일고찰”, 『한국의료법학회지』 제6권 제1호, 한국의료법학회, 1999.
- 이종원, “의료행위에 있어서 의료지도와 의료영역에 관한 일고찰-의료기사를 중심으로-” 『경성법학』 제18권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2009.
- 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제”, 『의사학』 제19권 제2호, 대한의사학회, 2010.
- 이진석, “의료공급체계의 공공성 강화 방안”, 『한국사회복지정책학회 춘계학술대회 발표논문집』, 2012.
- 이학준, “건강개념: 오해와 이해”, 『한국체육학회지』 제45권 제1호, 한국체육학회, 2006.
- 이화여자대학교 생명의료법연구소, 인증기준과 건강보험급여기준과의 일관성 분석, 의료기관평가인증원, 2011.
- 임의영, “거버먼트의 질: 개념적 성찰”, 『정부학연구』 제18권 제2호, 고려대학교 정부학연구소, 2012.
- 조영미, “출산의 의료화와 여성이 재생산권”, 『한국여성학』 제20권 제3호, 2004.
- 차현숙, “입법평가 논의의 현황과 전망”, 『일감법학』 제22호, 건국대학교 법학연구소, 2012.
- 한국보건사회학회 편, 사회변화와 보건복지, 태일사, 2000.

B. Jessi Hill, “What is the meaning of health? constitutional implications of defining 'medical necessity' and 'essential health benefits' under the Affordable Care Act”, *American J of Law&Medicine* 38, American Society of Law, Medicine & Ethic, 2012

- Goh CR, “Medicalization of dying: are we turning the corner?” *J Palliat Med.*, 2012.
- Himmelstein DU, Woolhandler S. “Privatization in a publicly funded health care system: the U.S. experience.” *Int J Health Serv.*, 2008.
- Morgan, Kathryn Pauly, Contested bodies, contested knowledges, The politics of women's Health: Exploring Agency and Autonomy, Temple University Press: Philadelphia, 1998.
- Purohit BC. “Private initiatives and policy options: recent health system experience in India”. *Health Policy Plan.*, 2001.
- Smith DE, “The medicalization of therapeutic communities in the era of health care reform” *J Psychoactive Drugs*, 2012.
- Waitzkin H, Jasso-Aguilar R, Iriart C. “Privatization of health services in less developed countries: an empirical response to the proposals of the World Bank and Wharton School” *Int J Health Serv.*, 2007.

<국문초록>

보건의료 법제의 근간이 되는 건강과 의료행위 등 기본 개념들에 대한 인식은 매우 중요하다. 건강관련 개념에 대하여 입법자, 정책입안자와 국민들이 어떻게 인식하고 있는지에 따라 입법과 정책의 방향성이 달라진다. 이 연구에서 건강과 의료행위의 사회과학적 개념을 검토하기 위하여 우리나라 보건의료법제를 연혁적으로 검토하여 우리나라의 사회경제적 상황을 반영한 변화과정에 대하여 연구하였다. 의료화(medicalization) 현상과 같이 확장된 건강 관련 개념은 사회통념적인 국민들의 인식을 반영하고 있으며 이러한 개념들은 보건의료법제에 반영되어 있다. 또한 의료영역의 전문화·세분화에 따른 의료행위의 제공 주체의 변화와 보건의료서비스 제공의 사적화(privatization) 현상을 보여준다.

따라서 우리는 이 연구에서 생의학적 개념의 건강과 의료행위가 아닌 사회과학적 개념을 고려한 법제화가 이루어져야 함을 확인하였다. 이러한 법시스템 확대를 통하여 정책실현의 수단으로서 입법 또는 정책유도기능으로서의 사법부의 결정 등을 통해 보건의료정책에 반영하는 것이 가능할 것이며 이것이 구체적인 정책적 실효성을 높일 수 있을 것이다.

주제어 : 건강개념, 의료행위, 보건의료법제, 보건의료정책, 연혁적 검토

Health and Medical Practice Revisited
with a Historical Review of Health Care Legislature and
Application to Health Policy

Bae, Hyun-A* · Kim, Hyo-Sin** · Kang, Min-Ah***

Understanding the concepts of health and medical practice are significant because they are the basis of health and medical policy and law. How legislators, policy makers, and the public perceive those concepts defines the direction of legislation and policy making. This study aims to show the changes of the concepts by reviewing the history of major Statutes relating to health and medicine. Alongside medicalization of human conditions and daily activities, the concepts of health and medical practice also expanded. On the other hand, as technologies of health and medicine have specialized and segmented, the large portion of public services of the past is now provided by the private sector. We argue that the actual laws and decisions by the judiciary should be responsive to social and scientific changes, which may cause the changes of the perceptions of health and medical practice. By doing so, they not only can have actual legal force but also even initiate a movement for establishing new medical policy or law.

Key Words : the concept of health, medical practice, medical policy and law, historical study

* School of Law, Ewha Womans University, Assistant Professor

** Interdisciplinary Master's Program in Bioethics Policy Studies

*** Department of Public Administration, College of Social Sciences, Associate Professor

