

보건의료법학에 있어 역사적 연구방법

박 지 용*

I. 서론

II. 보건의료법학에 있어 역사적 연구방법의 의의

1. 법의 역사성
2. 보건의료법의 역사적 이해
3. 역사적 해석방법론 및 법제사(法制史) 연구

III. 보건의료법학에 있어 역사적 연구방법의 접근방법

1. 역사적 사실 및 그 사실적 배경에 대한 이해
2. 보건의료법의 규범력 및 그 한계에 대한 이해
3. 비교제도론 및 비교법학적 방법론

IV. 글을 맺으며

I. 서론

법학의 분과(分科)학문으로서 ‘의료법학’ 내지 ‘보건의료법학’은 이제 우리의 법학 연구 및 교육 환경에서 더 이상 생소한 영역은 아닐 것이다.¹⁾ 보건의료법학을 중심 연구대상으로 삼고 있는 관련 학회가 이미 오래 전에 창립되어

* 논문집수: 2017. 6. 7. * 심사개시: 2017. 6. 8. * 게재확정: 2017. 6. 26.

* 연세대학교 법학전문대학원 조교수.

* 이 논문은 2015. 5. 16. 대한의료법학회 월례발표회에서 발표한 것을 토대로 수정·보완하여 작성한 것이다.

1) ‘의료’, ‘보건’, ‘보건의료’의 개념에 따라 ‘광의의 보건의료법학(health law)’의 학문적 범주를 ‘의료법학(medical law)’, ‘공중보건법학(public health law)’, ‘협의의 보건의료법학(health care law, 의료체계법론)’로 구분하는 입장에 관하여 자세한 것은 박지용, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 一考: 학문적 성격, 위상 그리고 개념적 기초”, 법학논집(제 18권 제3호), 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 429~439면 참조. 이 글에서의 ‘보건의료법학’은 의료법학, 공중보건법학과 협의의 보건의료법학 등을 모두 포괄하는 ‘광의의 보건의료법학’을 지칭하는 것임에 유의하여야 한다.

현재까지 적지 않은 연구 성과를 축적하고 있으며,²⁾ 보건의료법과 관련된 법학 과목이 일반대학원 법학과 및 법학전문대학원 등에서 개설되고 있는 것은 이를 뒷받침하는 좋은 예이다. 전통적인 근대법의 법역(法域)이라 할 수 있는 민사법 및 형사법 영역에서는 의료 문제를 그 대상으로 하는 의료민사책임법이나 의료형법 등이 민사법 및 형사법의 심화 과목 내지 세부 연구주제로서 그 위상이 확립되어 있는 것으로 보인다. 이와 같은 발전 경로는 보건의료법학의 외연 확장에 있어 결코 간과할 수 없는 요소라고 할 것이다.³⁾

그러나 다른 한편 이것은 그 동안 보건의료법학의 중심이 규범적 방법, 즉 존재와 당위를 준별하는 방법이원론의 바탕 위에서 규범적인 논리와 체계에 따라 실정법을 분석하고 해석하는 ‘법도그마틱(Rechtsdogmatik)’ 혹은 ‘법해석학(juristische Hermeneutik)’에 있었음을 시사한다.⁴⁾ 성문법주의를 취하는 대륙법계에서는 ‘실정법의 해석’이 법학, 특히 법학 교육의 주종을 이룰 수밖에 없음을 주지의 사실이나, 이와 같은 규범적 방법론만을 고집할 경우에는 규범이 사회변동에 적절하게 대응하지 못하거나 사회적 요청에 쉽사리 눈을 감을 수 있다는 문제점이 발생할 수 있다. 특히 최근 보건의료 영역에서 발생하고 있는 법적 문제들은 양적으로 다양화되고 있을 뿐만 아니라 질적으로도 그 양상이 심화되고 있다.⁵⁾ 더욱이 현대사회에서 법률은 각종 사회정책을 실현하

2) 지난 1992년 ‘한국의료법학회’가, 1999년 ‘대한의료법학회’가 창립되어, 각각 ‘한국의료법학회지’와 ‘의료법학’이라는 학회지를 발간하고 있다.

3) 의료 영역에서의 법학은 전통적으로 의사와 환자의 법률관계를 토대로 특정한 의료행위로 발생한 악(惡)결과(adverse effect) 또는 손해에 대한 책임을 규명하고자 하는 ‘의료책임법’을 중심으로 발전하였으며, 특히 현대사회에서 ‘불법행위법의 개별화 현상’의 하나로써, 침습성, 구명성, 전문성 등의 의료행위의 특수성은 불법행위법의 영역에서 의료과오행위를 다른 일반적 불법행위와는 다르게 취급하여야 하는 논리적 근거를 형성하고 있다(이른바 ‘특수불법행위법’). 이에 대하여는 박지용, 앞의 논문, 416면. 한편, 불법행위법의 개별화 현상 및 의료과오법에 대하여 자세한 것은 김천수, “불법행위법의 확장과 의료과오책임의 현대적 동향”, 사법(제21호), 사법발전재단, 2012, 125면 이하 참조.

4) 법도그마틱의 개념과 연원에 대하여 자세한 것은 김영환, “법도그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, 법학논총(제13권), 한양대학교 법학연구소, 1996, 59면 이하; 남기운, 『법학방법론』, 고려대학교 출판부, 2014, 63~69면 참조.

5) 보건의료 영역에서 그 법적 문제의 양적 다양화와 질적 심화에 대하여 자세한 것은 박지용, 앞의 논문, 408~410면 참조.

기 위한 수단 내지 도구로 기능하는 경우가 많고, 이는 『민법』이나 『형법』과 같은 전통적인 ‘근대법’ 형식에 비하여 보건의료법과 같은 현대의 ‘전문법’ 영역에서 보다 두드러지는 현상이라고 할 수 있다.⁶⁾ 이와 같은 상황에서 법적 분쟁 해결의 전제로서 구체적인 사건의 사실적, 경험적 또는 정책적 측면을 소홀히 할 수는 없다.

위와 같은 인식은 특히 법학 교육의 측면에서 다음과 같은 반성적 주장으로 이어지기도 한다. 즉, 법도그마틱의 형식주의(Formalism)를 비판하는 입장에서는 법학이 주변의 사회과학의 도움을 받아 그 경험적 기초를 공고히 할 것을 역설하면서, 추상적인 내용으로 점철된 법학 대신 구체적인 사안을 해결할 수 있는 법실무적인 ‘기술(Kunst)’의 전수를 강조한다.⁷⁾ 다른 한편에서는 법도그마틱이 개별법규의 해석에 치중한 나머지 규범에 내재되어 있는 법원리적인 측면을 도외시한다고 비판하면서, 법학교육에 있어서도 법의 이념적, 도덕철학적 내지 역사적 성격 등을 전면에 내세우는 법철학, 법사학(法史學), 법사회학 등의 이른바 ‘기초법학’ 교육을 강조하기도 한다.⁸⁾

이 글에서는 위와 같은 보건의료법학의 발전 과정과 법학방법론에 대한 기초적 이해와 문제의식을 기반으로, 특히 보건의료법학에 있어 역사적 연구의 의의와 그 접근 방법을 논하고자 한다. 인간의 공동체적 삶의 양태는 끊임없는 역사적 변화를 경험하지 않을 수 없고, 그에 대한 규범적 대응으로 나타난 각종 법률 등에 대한 역사적 검토를 통하여 비로소 현재의 법질서를 더욱 심도 있게 이해할 수 있기 때문이다. 더 나아가 이러한 작업은 미래의 규범적 질서를 설계함에 있어서도 그 바탕으로 작용할 것이다. 이 점은 보건의료법학에 있어서도 그 예외는 아닐 것이다. 특히 동적(動的) 측면에서의 역사적·제도적 접근방

6) 이와 같은 ‘법의 정책도구화’ 현상에 대하여 자세한 것은 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010, 302면 참조. 보건의료 영역에서 정책수단으로서 법적 수단의 타당성에 관하여 자세한 것은 조영환, “보건의료법의 입법방향 - 보건의료기본법을 중심으로”, 의료법학(제2권 제2호), 대한의료법학회, 2001, 272면 이하 참조. 한편, 전문법의 개념 및 사회구조의 변화에 따른 전문법의 성장에 대하여 자세한 것은 이상돈, 위의 책, 527면 이하 참조.

7) 김영환, 앞의 논문, 60면.

8) 김영환, 위의 논문, 60면.

법, 특히 제도의 ‘경로의존성(path dependence)’에 대한 이해는 보건의료법정책의 발전을 모색함에 있어 유용한 시각을 제공한다.⁹⁾

II. 보건의료법학에 있어 역사적 연구방법의 의의

1. 법의 역사성

법의 역사성은 일차적으로 시간의 흐름과 역사적 현실 속에서 법 역시 변화한다는 ‘법의 가변성(可變性)’을 의미할 것이다. 이러한 법의 가변성은 법의 규율 대상인 사회적·경제적 환경이 변화함에 따라 그 실정에 맞추어 새로운 법규범이 제정되거나 기존의 법규범이 개정되는 모습으로 발현된다. 한편, 법의 역사성은 법적 정의의 관념에 대한 보다 근본적인 변화를 반영하는 것일 수도 있다. 근대의 자유주의적 법 패러다임(paradigm)과 근대 이후의 사회국가적 법 패러다임에서의 정의 관념은 상호 충돌될 수 있으며,¹⁰⁾ 경우에 따라 이러한 법 패러다임과 정의 관념의 상이함은 ‘사안결정의 배후’로서 작용하기도 한다.¹¹⁾ 다른 한편, 이는 마치 자연법과 같은 시대적·역사적 상황을 뛰어넘는 보편타당한 불변의 정의 내지 법을 확인하는 것이 매우 곤란하다는 점을 시사한다. 다시 말하면, 정의 관념에 대한 변화는 법의 변화를 야기하고, 법의 집행 역시 일정 부분 당대의 정의 관념에 기초하여 이루어 질 수밖에 없다고 할 것이

9) 박지용, 앞의 논문, 424면.

10) 이러한 정의 관념의 상호 충돌의 하나의 예로 미국의 ‘뉴딜(New Deal)’ 정책을 둘러싼 행정부와 사법부의 갈등을 들 수 있다. 1929년 이른바 ‘암흑의 화요일(Black Tuesday)’으로 불리는 주식시장의 대붕괴로 시작된 ‘대공황’에 대하여, 루스벨트(Franklin Roosevelt) 행정부는 ‘뉴딜’이라는 일련의 개혁 조치를 추진한다. 뉴딜은 경제에 대한 연방정부의 적극적 경영, 복지제도, 강력한 관료제, 대규모 정부 지출 등과 같이 미국의 자유방임주의적 전통과는 그 궤(軌)를 달리하는 처방들이 다수 포함되어 있었고, 이 중 상당수는 연방 대법원의 반대에 부딪히게 되었다. 루스벨트 행정부는 이러한 연방대법원의 반대를 극복하기 위하여 소위 ‘법원개편안(court-packing plan)’을 제출하는 등 정치적 투쟁을 전개하기도 하였다. 이에 대하여 자세한 것은 A. Brinkely, 황혜성 외 공역, 『있는 그대로의 미국사 3』, 휴머니스트, 2011, 181~187면 참조.

11) 이상돈, 앞의 책, 476면.

다. 또한 근본적인 정의 관념의 변화는 없다고 할지라도 사회·경제적 현실의 변화는 법의 변화를 이끌어내기도 한다.

이것은 보건의료법의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 특히 보건의료 영역에서의 정의 관념의 변화에 따른 법의 변화는 의료에 대한 국가권력의 개입이라는 시각에서 바라볼 수 있으며, 이는 본질적으로 법 패러다임의 변화라는 거시적 관점에서의 조망이 요청된다. 또한 빈번하게 이루어지고 있는 보건의료 관련 개별 법률의 제정 내지 개정은 많은 경우 근본적인 정의 관념의 변화라기보다는 그때그때의 사회 변화에 대응하거나 사회적 요청을 수용한 결과일 개연성이 높다.

2. 보건의료법의 역사적 이해

가. 역사적 연구의 실제성 및 개별 규정에 대한 이해

보건의료법학에 있어 역사적 연구는 보건의료법이 역사적 현실 속에서 변화하고 발전하는 모습을 탐구하는 것을 그 일차적 목적으로 한다. 그러나 보다 실천적인 관점에서 보건의료법에 대한 역사적 연구의 목적은 ‘현재’의 보건의료법 체계를 올바르게 이해하는데 도움을 준다는 점에서 찾을 수 있다.¹²⁾ 즉 역사적 연구방법은 단순히 학문적 호기심의 차원에서 그치는 것이 아니라 실용적이고 실제적이다.

우선 보건의료법학에 있어 역사적 연구는 보건의료와 관련된 각종의 개별적인 법률, 보건의료제도 혹은 그 법률에 규정된 각각의 개별 규정 등에 대한 심화된 이해에 도움을 준다. 역사적 배경을 도외시키고 개별 법률이나 규정 등을 단지 ‘주어진 것’으로 이해할 경우, 그것이 어떻게 형성되고 발전되었는지에 대한 관심에는 소홀하게 된다. 이와 같이 그 법률이나 규정의 발전 경로를 소홀히 한다면, 당해 법률 등을 마치 도그마처럼 맹목적으로 수용하거나, 반대

12) 역사 연구의 목적과 의도에 관한 다양한 관점에 대하여 자세한 것은 M. T. Gilderhus, 강유원·이재만 공역, 『역사와 역사가들』, 이론과 실천, 2009, 11~29면 참조.

로 이를 하나의 도구적 규정으로 경시하여 일반적인 법률해석 방법론을 무시하고 자신의 정치적 입장에 따라 이를 자의적으로 해석하거나,¹³⁾ 더 나아가 이를 쉽사리 개정하려는 시도로 연결될 수도 있다. 이러한 태도가 모두 옳지 않은 것은 물론이다.

예컨대, 현행 『의료법』 제20조 제2항은 “의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 개정 전에는 “의료인은 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있었다.¹⁴⁾ 즉, 구 『의료법』 규정은 의료인으로 하여금 임신의 전 기간 동안 태아의 성별정보를 부모 등에게 알려주지 못하게 하고 있었다. 이 규정은 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것으로, 당시 우리 사회의 뿌리 깊게 남아 있던 소위 ‘남아선호’ 현상이라는 사회적 현실을 투영하고 있는 것이기도 하다. 그러나 헌법재판소는 낙태가 사실상 불가능하게 되는 임신 후반기에 이르러서도 태아에 대한 성별 정보를 태아의 부모에게 알려 주지 못하게 하는 것은 의료인의 직업수행의 자유와 부모의 태아성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하여 헌법에 위반되지만, 이에 대해 단순위헌결정을 할 경우 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이라는 이유로 헌법불합치결정을 내린 바 있다.¹⁵⁾ 여기에서 현행 『의료법』 규정은 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 임신 후반기의 태아 성별고지는 허용할 수 있도록 “임신 32주 이전에”라는 기간에 대한 문구를 삽입하는 방식으로

13) 범형성과 법해석의 관계에 관하여 자세한 것은 이계일, “우리 법원의 법률해석/범형성에 대한 반성적 고찰”, 법학연구(제25권 제4호), 연세대학교 법학연구원, 2015, 326~330면 참조.

14) 구 『의료법』(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조의2 제2항 참조.

15) 헌재결 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 2005헌바90(병합).

이를 개정된 것임을 알 수 있다. 법의 역사성이란 관점에서 볼 때, 위 헌법재판소 결정은 우리 사회에서 남아선호 현상이 어느 정도 극복되었다는 사회 현실의 변화를 반영한 것으로 해석될 수도 있으며, 다른 한편 국가의 ‘세련되지 못한’ 규제 수단을 동원하고 있는 성별 내지 가족 정책에 대하여 개인의 행복추구권이나 사생활의 자유라는 가치를 보다 중시하는 정의 관념의 변화를 표상한다고 해석될 수도 있을 것이다.¹⁶⁾ 이처럼 개별 규정 내지 제도의 역사적 의미와 발전과정을 검토하는 것은 이에 대한 올바른 법적 이해에 있어 그 출발점이 됨을 알 수 있다.

나. 전체 보건의료법체계의 이해

다음으로 이러한 역사적 고찰은 전체 보건의료법체계를 유기적·거시적으로 이해함에 있어 도움을 준다. 현재의 보건의료법 관련 법률 규정을 단지 규범적으로만 이해할 경우 각각의 개별적인 제도나 규정을 고립적이고 단절적인 것으로 받아들이기 쉽다. 특히 보건의료법체계는 『의료법』, 『응급의료에 관한 법률』, 『공공보건의료에 관한 법률』, 『지역보건법』, 『감염병의 예방 및 관리에 관한 법률』, 『후천성면역결핍증 예방법』, 『결핵예방법』, 『정신보건법』, 『모자보건법』, 『국민건강증진법』, 『국민건강보험법』, 『의료급여법』, 『보건의료기본법』 등의 방대한 양의 개별 법률로 이루어져 있고,¹⁷⁾ 각 법률은 일견 각각 고유한 내용을 담고 있어서 그 전체모습을 그려내는데 상당한 어려움이 있다. 이러한 상황에서 각 개별규정에 대한 분석적 이해만으로는 보건의료 영역의 개별적인 제도 내지 법률들의 유기적 관련성을 파악하는데 한계가 있을 수밖에

16) 이와 관련하여 특히 위 규정의 입법목적의 정당성 그 자체를 부인하고 있는 재판관 이공현, 조대현, 김종대의 반대의견(단순위헌 의견)은 그 판결 이유에서 “국가는 개인의 생활양식이나 가족관계 형성의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다고 할 것인바, 부모의 자녀에 대한 보호와 양육 또한 부모의 자율적인 판단 아래 이루어지도록 함이 원칙”이라고 판시하고 있다.

17) 이를 현대사회에서 ‘행정법의 비대화 현상’으로 설명하는 입장으로, 이상돈, 앞의 책, 527~528면 참조.

없다.

그러나 역사적 고찰은 보건의료법상의 여러 제도들이 유기적으로 연결되어 있으며 상호작용하고 있다는 사실을 제한적으로나마 인식시켜주게 한다. 예컨대, 1956년 제정된 구 『보건소법』 제1조는 동법의 입법목적으로 “질병의 예방진료와 공중보건의 향상을 도모”하기 위하여 보건소를 설치할 수 있음을 규정하고 있었고, 보건소의 관장사항으로 전염병 예방, 모자보건, 학교보건, 환경보건 뿐 아니라 보건교육 등 기타 지방의 공중보건의 위생과 관련된 사항을 포괄적으로 규정함으로써, 당시 극히 제한적으로 도시지역에 편중되어 있었던 민간의료기관에서 경제적 사정 등의 이유로 의료의 혜택을 받기 어려웠던 당시 국민들에게 주요한 진료기관으로 기능하도록 하였다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 이는 당시 민간의료기관이 부족한 의료 현실에서 보건소와 공공의료기관이 상대적으로 중요한 비중을 차지하고 있었음을 방증하는 것이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 그러나 그 후 1966년을 기점으로 양자의 비율은 역전되기 시작하여 이후 큰 폭의 격차를 보이며 현재에 이르고 있다.²¹⁾ 이에 따라 보건소의 기능과 역할에도 변화가 요청되었으며, 그 결과 1995년 구 『보건소법』은 현재의 『지역보건법』으로 전

18) 손명세, “보건의료법제의 변천 - 그 평가와 전망”, 법제(2007년 7월호), 법제처, 2000, 13면.

19) 이것은 17~18세기부터 전문직·전문분야로서의 의사 및 의료가 확립되기 시작한 영국과 미국 등의 상황과는 다소 상이한 것이다. 예컨대, 미국의 경우, 근대적 보건개념이 도입되고 이후 국가차원의 보건청 및 보건소가 설립되던 19세기 중반에 이른바 ‘의료에 한 보건의 침투’에 하여 상호간의 영역범위에 관하여 치열한 논쟁이 전개된 바 있다. 특히 의료계는 치료 기능을 수행하는 보건소의 설립에 강하게 반발하는데, 점차 보건소의 역할은 환경보건이나 의사들에 대한 기술적 지원에 보다 중점을 두게 되었다. 이에 대하여는 박지용, “보건의료에 대한 헌법적 기초로서 개념적 및 역사적 접근”, 헌법학연구(제19권 제4호), 한국헌법학회, 2013, 527면; P. Starr, 『The Social Transformation of American Medicine』, Basic Books, 1984, p. 180 이하 참조.

20) 1949년 당시 병상수를 기준으로 공공의료기관은 78.2%에 달하였으나, 민간의료기관은 21.8%에 불과하였다. 이에 대하여는 신규환·서홍관, “한국 근대 사립병원의 발전과정”, 의사학(제11권 제1호), 대한의사학회, 2002, 99면. 여기서 민간의료기관에는 반사립병원 4.7% 및 선교병원 1.6%를 포함시킨 것이다. 이를 제외한 순수 민간의료기관은 15.5%에 불과했다.

21) 2000년 공공의료기관의 비중은 기관수를 기준으로 8.8%, 병상수를 기준으로 15.5%였다. 10여년이 지난 2012년 12월에는 이 비율이 각각 5.8%, 10.0%로 하락하였다. 이에 대하여는 보건복지부, 『2012 보건복지백서』, 보건복지부, 2013, 494~496면.

면 개정되게 되었다. 즉, 이는 국민소득수준의 향상, 질병 및 인구 구조의 변화 등에 따라 그 동안 전염병관리와 가족계획사업 위주로 운영되어 오던 보건소를 지역주민의 중추적 건강관리기관으로 육성하기 위한 것이었다.²²⁾ 그와 함께 민간의료기관의 성장에 따른 공공의료기관의 역할과 민간의료기관의 공공보건의료적 기능을 재설정하여야 할 입법적 필요성에 대응하기 위해서 2000년 『공공보건의료에 관한 법률』을 제정하기에 이른다. 이것은 종래 『지역보건법』이 ‘지역’이라는 속성에 묶여 제한된 논의의 틀만을 가졌던 한계를 극복하고, 각 지역 내 기관 간, 또는 타 지역의 기관 간 공공보건의료의 기능을 연계하여 효율적인 공공보건의료전달체계를 구축하고자 한 것이었다.²³⁾ 이처럼 보건의료법체계는 개별적인 보건의료 관련 법률로 산재해 있지만, 그 역사적 발전 경로에 대한 검토는 이들이 유기적으로 연결되어 있음을 확인할 수 있도록 한다.

다. 미래의 보건의료법 설계

더 나아가 이러한 역사적 고찰은 현재의 보건의료법을 올바르게 인식하고 이해하는데 도움을 줄 뿐만 아니라 미래의 보건의료법을 설계함에 있어서도 중요한 준거 자료로 기능할 수 있다. 예컨대, 앞의 태아 성별 정보의 고지를 금지한 『의료법』 규정에 대하여, 법에 대한 역사적 관점은 위와 같은 당초의 태아 성별고지 금지 제도의 입법목적이 현재 시점 및 미래 시점에서도 정당한 것인지 또는 정당할 수 있는지에 대한 성찰 내지 예측 또한 요청한다. 사건(私見)으로는 이 규정의 입법 목적이 전제하고 있는 남아선호 현상에 근거한 태아 성별 고지가 낙태행위로 이어질 것이라는 명제는 더 이상 타당하다고 볼 수 없으므로 이는 입법목적의 정당성을 인정할 수 없는 위헌 규정이라고 생각한다. 위 헌법재판소 결정에서 재판관 이공현, 조대현, 김종대의 반대의견이 “이 사건 태

22) 『지역보건법』(법률 제5101호, 1995. 12. 29. 전부개정) 제·개정이유문 참조.

23) 손명세, 앞의 논문, 14면.

아 성별고지 행위로 인해 태아에 대한 성별을 알게 된 부모가 태아의 성별을 이유로 낙태에 이르게 되는 극히 예외적인 경우가 있을지도 모른다. 그러나 이 경우 태아의 생명을 박탈하는 행위는 성별고지 행위가 아니라 낙태행위이므로 낙태행위를 금지하고 처벌함으로써 태아의 생명을 보호하면 된다. 그런데 이 사건 규정이 태아 성별 고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하고 이를 사회적으로 비난받아야 할 반사회적이고 비윤리적인 행위로 낙인찍어 태아의 성별 고지 행위 금지에 태아의 생명 보호라는 입법목적 설정한 것은 그 자체로서 정당화될 수 없다.”고 실시하고 있는 것도 같은 취지에서 이해할 수 있다.²⁴⁾

이와 같은 결론은 과거의 『의료법』 규정이 현재의 『의료법』 규정으로 변화하는 과정, 즉 변화된 현실에 대응하는 법규범의 변천 과정에 대한 이해를 기초로 미래 현실에 대한 예측과 이에 따른 법규범의 변화를 설계하는 과정에서 도출될 수 있다고 할 것이다. 다만, 이러한 역사적 고찰이 곧바로 미래의 법체계의 예측이나 설계로 이어질 수 있는 것은 물론 아니며, 여기에는 그 역사적 사실에 대한 ‘의미부여’라는 가치적 작업이 요청된다. 이러한 의미부여에 따라 논자의 주관적 가치에 입각한 다양한 주장들이 나타나게 되고, 이러한 다양성은 미래의 법형성에 있어 그 논의의 폭을 넓혀준다는 점에서 오히려 긍정적인 요소로 작용한다고 할 것이다.

3. 역사적 해석방법론 및 법제사(法制史) 연구

가. 역사적 해석방법론

그러나 보건의료법학에 있어 역사적 관점을 도입한다는 것, 보다 일반적인 의미에서 법학방법론으로서 역사적 연구를 수행한다는 것과 법해석방법론으로서의 ‘역사적 해석방법(historische Auslegung)’을 취한다는 것은 상호 동

24) 현재결 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 2005헌바90(병합).

일한 것이 아님에 주의하여야 한다. 역사적 해석방법은 규범이 제정된 과거의 특정 시점에서 입법자의 의사를 확인하여 그 의사를 실현하는 방향으로 규범을 해석하는 것을 말한다.²⁵⁾ 이러한 역사적 해석방법은 특히 미국 헌법의 해석에 있어 매우 중요한 방법론으로 기능하고 있다. 즉, 헌법제정권자(이른바 ‘헌법의 아버지들(Founding Fathers 또는 the Framers)’의 ‘실제적 의도 또는 구체적 의도(original actual intent)’를 확인하여 이를 헌법 해석의 제1의 척도로 삼는 입장이 바로 그것이다. 이와 같은 역사적 해석방법을 미국 헌법학에서는 ‘원주의의(原意主義, Originalism)’이라고 한다.²⁶⁾ 이러한 역사적 해석방법은 법해석방법의 하나로서, 다른 법해석방법론, 예컨대 문리적 해석, 체계적 해석 및 목적론적 해석과 경합하는 것인 바, 법학의 연구방법으로서의 역사적 연구와는 그 논의의 평면을 달리한다.²⁷⁾ 또한 역사적 해석방법은 법해석 방법론 그 자체로도 많은 문제점을 내포하고 있어 이를 ‘독단적으로’ 활용하는 것은 취할 바가 못 된다고 생각한다. 우선 기술적으로 입법자의 의사를 확인하는 것이 항상 명백한 것은 아니며,²⁸⁾ 실제로 미국 연방대법원의 관례에서도 입법자의 의사가 무엇인지에 대해서도 견해가 대립하는 것을 어렵지 않게 발견할 수 있다.²⁹⁾ 보다 근본적으로는 법규범은 입법자의 의사에 구속되는 고정된 실체로만 이해할 수는 없다. 법규범 해석 작업이 과거의 입법자의 주관적 의사에 구속되는 것은 아니라고 할 것이며,³⁰⁾ 이는 법해석에 있어 하나의 자

25) 이상돈, 앞의 책, 476면.

26) 이에 대하여 자세한 것은 S. G. Calabresi(ed), *Originalism*, Regnery Publishing, 2007, pp. 1~45; 남기윤, 앞의 책, 627~628면 참조. 역대 미국 연방대법관 중에서 대표적인 원주의의자로는 스칼리아(A. Scalia) 대법관을 들 수 있다.

27) 이에 대하여 자세한 것은 K. Larenz, 허일태 역, 『법학방법론 입문』, 세종출판사, 2001, 53면 이하 참조.

28) 이상돈, 앞의 책, 476~477면.

29) 예컨대, *District of Columbia vs Heller*, 554 U.S. 570 (2008). 여기에서는 미국에서 개인의 총기 소유를 가능케 하는 헌법적 근거로 거론되는 수정헌법 제2조의 해석이 문제되었는데, 동 규정에 대한 헌법제정권자의 의도에 대해서 법정의견과 반대의견의 견해가 대립한다. 이에 대하여 자세한 것은 R. B. Siegel, "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in *Heller*", *Harvard Law Review*, Vol. 122, Issue 1, 2008, pp.191~245 참조.

30) 미국 헌법학에서 이러한 헌법 해석론을 통칭하여 소위 ‘살아있는 헌법이론(living con-

료가 될 수 있을 뿐이다.³¹⁾

법해석방법론의 관점에서, 여기에서 말하는 보건의료법에 대한 역사적 연구는 원의주의와 같은 역사적 해석방법을 의미하는 것이 아니라 규범의 객관적인 규율목적은 현재의 관점에서 재해석하는 것을 의미한다. 이를 보다 구체적으로 말하면 규범의 입법취지(ratio legis)를 해석함에 있어 입법자의 주관적 입법의도만을 살필 것이 아니라 법 제정 이후의 법과 사회의 역사적 발전과정, 규범 외부에 존재하는 지배적인 공공적 가치 등을 고려할 것을 요청하는 것이다. 이러한 측면에서 역사란 “미래에 지향된 현재의 인식관심에 따라 과거와의 대화를 수행하는 것”³²⁾이라는 명제를 이해할 수 있다.

나. 법제사 연구

또한 이러한 역사적 연구방법은 법의 연대기적 역사를 다루는 법제사와 같은 의미가 될 수 없다.³³⁾ 보건의료법에 대한 역사적 연구의 의미는 과거의 보건의료 관련 법률들에 대한 역사적 기록이나 사실을 단순히 확인하는데 그치는 것이 아니다. 물론 이러한 역사적 기록의 발굴 또는 역사적 사실의 확인은 그 자체로 평가받을 만한 것이고, 역사적 연구의 출발점 내지 기초 작업으로 기능할 것임은 부인할 수 없다. 그러나 현재의 보건의료법체계 연구와 유기적으로 관련되지 않은 상태에서 단순히 과거의 사건이나 법률의 시간적 나열에 그치는 것이라면 그 학문적 의미는 제한적일 수밖에 없다.³⁴⁾ 역사적 연구의 진

stitutional theory)’라고 부른다. 이는 권력분립의 관점에서 볼 때 일반적으로 입법자에 대한 법원의 사법적 수정 역할을 보다 광범위하게 인정하는 ‘사법적극주의’를 취하게 된다. 이에 대하여 자세한 것은 J. H. Gravey 외, 『Modern Constitutional Theory』, Thomson West, 2004, pp. 33~43 참조.

31) 즉, 역사적 해석방법의 보충적 내지 보완적 기능마저 부인하는 것은 아니다. 다만, 입법자의 의사를 절대시하여 여기에 반드시 구속되는 것으로 해석하는 원의주의적 해석론은 수용할 수 없다는 것이다.

32) D. Cannadie 편, 문화사학회 공역, 『굿바이 E. H. 카』, 푸른역사, 2005, 30면.

33) 이상돈, 앞의 책, 477면.

34) 이상돈, 위의 책, 477면 또한 위와 같은 관점에서 이러한 법제사적 논의가 법의 역사를 논할 때 논의의 중심이 될 수 없음을 밝히고 있다.

정한 의의는 단순한 역사적 사실의 확인을 넘어서서 그 역사적 의미를 이해하는 것에 있기 때문이다.

III. 보건의료법학에 있어 역사적 연구방법의 접근방법

1. 역사적 사실 및 그 사실적 배경에 대한 이해

보건의료법학의 역사적 연구방법에 있어 그 일차적 소재 내지 자료는 과거의 보건의료 관련 법률이라고 할 수 있다. 물론 여기서 과거의 보건의료 관련 ‘법률’만이 그 소재가 되는 것은 아니다. 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 그것이 명령 등의 하위법령 등을 통해서 어떻게 구체화되었는지를 살펴보아야 할 것이고, 판례나 행정해석 등을 통하여 현실 속에서 어떻게 적용되었는지에 대한 부분도 간과해서는 안 될 것이다. 그러므로 보건의료법의 역사를 연구함에 있어서는 역사적 사실에 대한 확인이 선행되어야 하고, 각종 사료(史料)의 수집과 분석이 필요할 것이다.

그러나 전술한 바와 같이 이러한 역사적 사실에 대한 확인만으로는 보건의료법에 대한 역사적 연구가 충분한 완성도를 갖지는 못한다. 즉, 역사적 연구방법의 의의는 역사적 사실이 갖는 의미를 현재 관점에서, 더 나아가 미래지향적 관점에서 어떻게 이해하느냐에 있고, 그렇기 때문에 과거의 보건의료법이 어떤 특정한 체계와 규정을 두고 있었는가에 대한 사실의 확인을 넘어 과연 그러한 규정을 두게 되었던 이념적, 철학적, 정치·경제·사회적 이유 내지 압력 등을 탐구하여야만 하는 것이다.

예컨대, 『국민건강보험법』 제1조는 “이 법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하여, ‘국민보건’과 ‘사회보장’이 동법의 궁극적 목적임을 명시하고 있다. 그런데

헌법이 규범적으로 복지국가원리를 선언하고, 법률이 그 구체적 내용을 규정한다고 해서, 복지국가나 사회보장이 '실현'되는 것은 아니다. 국민건강보험을 실시할 수 있는 사회적·재정적 토대가 성립되어 있지 않다면 그 제도적 실현은 근본적으로 불가능하다.³⁵⁾ 1977년 『의료보험법』이 시행될 당시 그 가입대상이 500인 이상 근로자를 고용하던 사업장으로 한정되었던 것은 이와 같은 취지에서 이해할 수 있다.³⁶⁾ 이와 같이 규범의 사실적 토대를 규명하는 작업은 규범이 현실과 지나치게 괴리되는 것을 방지함과 동시에 현실을 선도할 수 있는 기능을 가능하도록 한다.³⁷⁾ 주지하다시피 한국의 의료보험법제는 점차 그 적용대상자를 확대해 나간다.³⁸⁾ 그 과정에 대한 역사적 고찰은 당시 정부의 입장이나, 의료계, 재계 및 노동계가 이에 대하여 어떠한 시각을 가지고 있었는지, 그리고 그 이해관계의 대립은 어떻게 수렴되어 갔는지를 확인할 수 있도록 한다.

이와 같이 보건의료법의 제정과정 및 개정과정에 대한 검토는 현재의 보건의료법을 이해함에 있어 중요한 시사점을 준다. 여기에는 과거 보건의료법이 어떠한 정치적·사회적 배경으로 제정 내지 개정되었는지, 그러한 보건의료법이 어떠한 경제적·사회적 조건하에서 규정되었는지에 대한 고찰이 포함되기 때문이다.

2. 보건의료법의 규범력 및 그 한계에 대한 이해

보건의료법에 대한 역사적 연구를 논함에 있어 이러한 과거의 보건의료법이 현실에서 어떻게 '실현'되었는지에 대한 고찰을 간과할 수는 없다. 다시 말하면, 법규범이 법현실 속에서 실제로 어떻게 집행되고 구현되었는지를 확인

35) 이하 박지용, 앞의 논문(주1), 423~424면.

36) 구 『의료보험법』(법률 제2942호) 제7조 및 동법 시행령(대통령령 제8487호) 제4조 참조.

37) 규범, 특히 헌법과 사회과학의 상호작용에 대하여는 전광석, 『복지국가론』, 신조사, 2012, 21~24면.

38) 이에 대하여 자세한 것은 유승흠·박은철, 『의료보장론』, 신광출판사, 2009, 31~39면; 이인재·류진석·권문일·김진구, 『사회보장론』, 나남, 2010, 327~330면 참조.

하는 것 또한 역사적 연구의 중요한 부분을 구성한다.

예컨대, 1963년 제정된 『의료보험법』이 어떠한 규범 구조와 내용을 가지고 있었는지에 대한 정확한 분석과 이를 구체화한 하위법령들이 제대로 규정되어 있었는지에 대한 고찰, 그리고 당시 군사정권에 의하여 정치적으로 도입된 의료보험제도에 대하여 다른 사회적 요구나 정치적 압력이 존재하였는지 여부³⁹⁾ 등을 검토하는 것과는 별개로, 의료보험법의 규정들이 어떻게 현실 속에서 제대로 실현되었는지를 확인하여야 하는 것이다. 결론적으로는 1963년 제정된 『의료보험법』은 실제로 시행되지는 못하였다. 이와 같은 상징적·명목적인 복지국가적 지향을 ‘외견적 복지국가’로 명명하기도 한다.⁴⁰⁾ 당시의 『의료보험법』 제정은 독일과 같이 사회보험 형태의 의료보장을 기획하였다는 점에서 큰 의미가 있다.⁴¹⁾ 그러나 독일에서 사회보험형태의 의료보험이 탄생한 배경에는 노동자들 사이에서 자생적으로 형성되어 있었던 조합형태의 ‘질병금고(Unterstützungskasse)’가 다수 존재하고 있었던 사회적 사실에 근거하고 있는 반면,⁴²⁾ 한국에는 이러한 사회 기반이 존재하지 아니하였다. 이것은 한국에서의 공적 의료보험의 채택이 사회적 기반 없이 순수한 ‘정책적 구상’으로 기인한 것임을 보여주고, 다른 한편 『의료보험법』이라는 법률 제정의 동기에는 군사정부의 정치적 정당성을 확보하고자 하는 정치수단적 성격이 일정 부분 내포하고 있음을 의미하기도 한다.⁴³⁾

또 하나의 예로서, 『보건의료기본법』상의 ‘보건의료발전계획’에 관한 규정을 들 수 있다.⁴⁴⁾ 즉, 『보건의료기본법』은 중요한 보건의료법정책의 전체적

39) 이에 대하여 자세한 것은 양재진 외, 『한국의 복지정책 결정과정』, 나남, 2008, 70~74면 참조.

40) 전광석, 앞의 책, 108~109면.

41) 박지용, 앞의 논문(주19), 527~528면.

42) 전광석, 『독일사회보장법과 사회정책』, 박영사, 2008, 46면.

43) 양재진 외, 앞의 책, 70면.

44) 이하 박지용, “기본법’으로서의 보건의료기본법”, 한국의료법학회지(제22권 제1호), 한국의료법학회, 2014, 96~97면. 『보건의료기본법』 제정 당시 동법의 규범적 효력에 관한 의문을 제기한 연구로는 조형원, 앞의 논문, 278면 이하 참조.

윤곽을 형성하고 이를 종합 및 조정하기 위한 방법으로 5년마다 ‘보건의료발전계획’을 수립하고(동법 제15조), 이를 기초로 ‘주요 시책의 추진방안’(동법 제16조) 및 ‘지역보건의료계획’(동법 제17조)을 수립·시행하도록 규정하고 있다. 그리고 보건의료발전계획 등 보건의료에 관한 주요시책을 심의하기 위하여 보건복지부장관 소속으로 ‘보건의료 정책심의위원회’를 설치하도록 규정하고 있다(동법 제20조).⁴⁵⁾ 생각건대, 보건의료발전계획과 같은 행정계획은 규범적 측면에서 본질적인 취약성을 가지고 있는 ‘기본법’의 입법형식에 있어 이를 보완하는 중요한 역할을 담당할 수 있다고 할 것이다.⁴⁶⁾ 즉, 보건의료발전계획은 전체 보건의료법정책의 중장기적인 관점에서 미래의 보건의료 수요를 예측하고 이에 따르는 정책의 목표와 수단을 모색하며, 이를 실현하기 위한 활동의 기준을 설정하는 미래지향적인 법형식이라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 또한 보건의료정책심의위원회는 그 운영에 따라서는 전체 보건의료정책의 ‘컨트롤 타워’의 역할을 수행할 수도 있을 것이다. 그러나 현재 위와 같은 『보건의료기본법』의 규정은 제대로 지켜지지 못하고 있다. 지난 2003년 보건의료발전계획‘안’을 수립하였지만 실제 계획 수립은 무산된 바 있고,⁴⁸⁾ 현재까지도 보건의료발전계획은 수립되지 못하고 있다. 보건의료정책심의위원회 역시 그 구성 조차 이루어지지 않고 있는 상황이다. 다만 보건복지부는 지난 2011년 ‘보건의료미래위원회’를 발족시키고, 그 논의결과를 정책건의의 형식을 지닌 ‘2020

45) 보건의료 정책심의위원회는 보건의료발전계획, 주요 보건의료제도의 개선, 주요 보건의료정책, 보건의료와 관련되는 국가 및 지방자치단체의 역할 등을 심의한다(동법 제22조).

46) 사건(私見)으로는 보건의료발전계획은 강학상 ‘종합계획(綜合計劃)’에 해당하고 행정청은 구속하지만 직접 일반 국민에 대한 법적 효력을 갖지 않은 ‘광의의 구속적(拘束的) 계획’에 해당된다고 판단된다. 행정계획의 종류에 대하여 자세한 것은 김성수, 『일반행정법』, 홍문사, 2014, 385~388면 참조.

47) 대법원은 행정계획을 “행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것”으로 정의하고 있다(대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결).

48) 2003년 당시 보건의료발전계획(안)의 수립 배경과 내용에 대하여 자세한 것은 보건복지부 보건의료발전계획단, 보건의료발전계획 공청회자료집(2003-18), 보건복지부, 2003. 참조.

한국의료의 비전과 정책방향'이라는 종합보고서로 발표한 바 있다.⁴⁹⁾ 그 내용적 타당성 여부를 별론으로 하고 이러한 방식은 『보건의료기본법』의 취지와 규정에 위배되는 것이라 하지 않을 수 없다. 적어도 『보건의료기본법』에 의거한 조직과 절차에 의하지 아니하였을 뿐만 아니라, 그 효력에 있어서도 보건의료발전계획에 부여되어 있는 행정내부적 구속력을 회피하는 결과를 가져오기 때문이다. 결국 『보건의료기본법』이 행정계획이라는 법적 형식을 통하여 중장기적이고 계획적인 관점에서 보건의료정책의 추진을 도모하도록 유도하여 궁극적으로 정책에 대한 법적 통제를 기획하려는 구상은 법 운영상의 미비로 달성되지 못하고 있다. 이는 법률상 명시되어 있는 행정계획의 수립을 국가기관들이 이행하지 않음으로써 당해 규정을 사문화(死文化)시킨 것으로서 위법한 국가작용이라 할 것이다. 이에 대하여는 법치국가적 관점에서 조속한 시정요구됨은 물론이라고 할 것이다.

위와 같이 보건의료법이 현실적으로 성공적으로 집행되었는지 아니면 실패했는지에 대한 사실 확인도 보건의료법에 대한 역사적 접근에 있어 간과해서는 안 되는 중요한 내용이라고 할 것이다. 특히 위와 같은 사례들로부터 단지 과거의 또는 현재의 보건의료법들 가운데 그 규범력을 제대로 발휘하지 못하는 법규범이 존재한다는 것을 확인하는 것에 그쳐서는 아니 될 것이다. 더 나아가 당해 법규범들이 제대로 그 규범력을 확보하지 못한 이유는 무엇인지, 또한 그러한 문제를 어떠한 방법으로 극복할 수 있을지에 대한 교훈을 탐색하여야 하는 것이다. 이것은 단순히 과거의 보건의료법에 대한 문제에 그치는 것이 아니며, 위의 『보건의료기본법』상의 보건의료발전계획의 예에서 보듯 현재에도 얼마든지 발생할 수 있는 문제인 것이다. 따라서 보건의료법에 대한 역사적 고찰은 이와 같이 규범과 현실의 괴리 현상을 극복할 수 있는 대안적 조치를 발견함에 있어 하나의 실마리를 제공하기도 한다.

49) 이에 대하여 자세한 것은 보건의료미래위원회, 『2020 한국의료의 비전과 정책방향』, 보건복지부, 2011. 참조.

3. 비교제도론 및 비교법학적 방법론

법학을 포함한 사회과학의 경우, 자연과학과는 달리 가설을 수립하고 다양한 실험을 통하여 이를 입증하는 방법을 사용할 수 없기 때문에, 시간 또는 공간을 달리하는 여러 집단들 사이의 비교·검토가 매우 중요한 연구의 방법이 된다.⁵⁰⁾ 보건의료법에 대한 역사적 연구는 비교법적 방법론과 긴밀하게 관련되어 있다. 역사적 연구의 의의는 단순한 연대기적 사건 내지 법제사의 나열에 그치는 것이 아니라, 이와 같은 비교법학적 방법론을 통하여 특정 시기의 보건의료법체계 내지 규정을 다른 시기의 그것과 비교하거나 다른 나라의 유사한 법체계와 비교·분석함으로써 규범의 본질에 대한 이해 및 규범과 현실에 대한 대응관계에 대한 인식을 보다 심화할 수 있기 때문이다.

비교법학적 방법론은 보건의료법의 역사적 연구에서 다음과 같은 몇 가지 방향으로 구체화될 수 있다. 우선 통시적으로 특정한 보건의료 개별 법률의 전체 체계를 비교할 수도 있으며, 구체적인 실정법 규정만을 비교할 수도 있다. 그리고 그 실정법이 어떤 현실 속에서 만들어졌으며, 그 사회적 현실의 상이함과 그 대응의 적절성을 비교하는 것도 의미가 있을 것이다. 또한 동시대를 기준으로 특정한 보건의료법의 다른 나라에서의 현황을 비교·검토하는 것도 비교법학에 있어 중요한 부분을 차지한다. 예컨대, 이러한 방법론은 보건의료법체계와 다른 나라의 그것을 비교함으로써 그 규범의 장점과 단점을 파악할 수 있는 계기가 된다. 다만, 주의하여야 할 것은 외국의 입법례가 우리의 현실에서 반드시 타당하리라는 보장은 전혀 없다는 것이다. 여기에서 비교법학적 방법론에서도 각국의 사회적 현실 또한 비교·검토하여야 할 필요성이 제기된다.

그 좋은 예가 바로 의료보장법제의 역사에 관한 비교·검토라고 할 수 있다. 의료보장제도의 도입 양상 그리고 그에 대한 국가권력의 개입 정도는 각 국가의 정치적, 사회적 또는 문화적 상황에 따라 다르게 전개된다.⁵¹⁾ 현대적 의미

50) 비교법학 방법론에 대하여 자세한 것은 조규창, 『비교법(상)』, 소화, 2005, 51면 이하 참조.

51) 이하 박지용, 앞의 논문(주19), 523면 이하.

에서의 ‘사회보장’(Social Security)라는 용어는 1935년 미국의 ‘사회보장법(Social Security Act)’에서 유래되었는데, 당시 미국은 경제 공황을 맞아 자유방임주의 경제정책에서 탈피하여 국가가 경제에 적극적으로 개입하는 이른바 ‘뉴딜정책’을 채택하고, 이러한 뉴딜정책의 일환으로 동법을 제정한 것이다.⁵²⁾ 그런데 동법은 실업보험, 노령자부양보험, 극빈자와 장애인에 대한 부조제도 등을 도입하면서도 의료보장에 관한 부분은 제외되어 있었다. 미국에서 공적 의료보장이 도입된 것은 1965년에 이르러서인데, 65세 이상 노인을 대상으로 하고 있는 ‘메디케어(Medicare)’와 빈곤층과 장애인 등을 상으로 하는 ‘메디케이드(Medicaid)’가 바로 그것이다. 이것은 보편적인 의료보장제도의 도입이 실패하고, 그 타협책 중의 하나로 성립한 것이었다.⁵³⁾ 한편, 독일에서는 1883년 비스마르크(Bismarck)에 의하여 사회보험 방식의 의료보험법이 제정되었다. 이것은 미국의 메디케이드 등 빈민 구제 중심의 미국식 의료보장과는 그 궤를 달리한다. 자유주의가 사상적 근간을 이루고 있어 사회문제에 대한 개인의 책임을 중시하는 전통이 강한 미국의 경우와는 달리, 독일에서는 자유주의가 취약하고 사회에 대한 국가의 개입에 저항이 비교적 적었던 사상적 배경과 발달된 관료주의가 결합하여, 국가에 의한 강제보험을 근간으로 하는 사회보험제도가 창안된 것이다.⁵⁴⁾ 그리고 영국에서는 1946년 ‘국민보건 의료법(National Health Service Act)’이 제정됨에 따라, 1948년부터 이른바 국민보건의료제도(이하 ‘NHS’)가 시행되게 된다.⁵⁵⁾ 제2차 세계대전 후 영국

52) 윤찬영, 『사회복지법제론』, 나남, 2010, 85면.

53) 미국에서 보편적 의료보장, 특히 공적 의료보험(이른바 ‘public option’)이 도입 되지 못한 이유에 대한 역사적 배경에 하여 자세한 것은 P. Starr, 앞의 책, p. 235 이하 참조.

54) 전광석, 앞의 책(주42), 박영사, 2008, 45~47면.

55) 영국에서도 NHS가 도입되기 이전에는 독일과 같이 사회보험 형태의 의료보험 제도를 가지고 있었다. 다만 1912년부터 시작된 영국의 공적 의료보험은 독일의 그것과는 몇 가지 다른 점이 있었다. 우선 독일의 경우 보험료를 임금에 비례하여 산출하였지만, 영국의 경우 임금과 무관하여 균일한 금액(flat system)을 부과한다. 또한 독일과는 달리 인가조합(approved society) 형태의 완전한 자치 운영원칙을 관철한다. 그러나 이러한 영국의 공적 의료보험제도는 의료계와 대상 근로자 모두에게 불신을 받게 되었는데, 이는 의료계에서는 낮은 수가, 대상 근로자에게는 조합의 임의가입자 선별에 따른 형평성 문제, 본인 부담 환자에 비하여 의료의 질이 열등할 것이라는 믿음 등으로 인한 것이었다. 이에

의 재건을 해 작성된 ‘비버리지 보고서(Beveridge Report)’를 이론적 근거로 탄생한 NHS는 모든 병원을 국유화하고 병원에 근무하는 의사를 공무원으로 하였다. 또한 일차 진료를 담당하는 일반의(general practitioner)는 NHS와 계약에 따라 진료를 실시하며, 모든 국민은 자신의 의사에 따라 일반의를 주치의로 선택하고, 그 치료 비용은 원칙적으로 전액 무료이며, 재원은 국가의 일반 조세로 충당한다.⁵⁶⁾

여기에서 미국, 독일, 영국의 의료보장법체계가 각기 나름대로의 역사적 배경과 사회적 현실을 반영하면서 발전해 온 것임을 알 수 있다. 이와 같은 비교 제도론적 내지 비교법학적 방법론은 우리의 보건의료제도 및 보건의료법의 고찰에 있어 적지 않은 시사점을 제공한다. 그러나 외국제도나 법체계의 무비판적인 도입논의나 그 수용이 바람직하지 않음은 물론이다. 앞의 예와 관련해서 우리나라의 의료보장법을 미국이나 영국의 법체계로 전환하는 것은 다음과 같은 점에서 난점이 존재한다. 의료보장법체계 선택의 문제를 의료시장에 있어 경제적 자유와 국가 개입의 필요성 및 한계의 설정이라는 헌법상의 문제로 바라본다면, 우리 헌법상의 혼합적·개방적 경제질서 하에서 특정한 의료체계를 선택할 것인지 여부에 대하여는 입법자에게 시원적 자유가 부여되어 있으며, 이는 원론적으로 정책적 선택의 문제라고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 동적(動的)인 측면에서의 역사적·제도적 접근방법은 보건의료에 대한 법정책의 발전을 모색함에 있어 유용한 관점을 제시한다. 특히 제도의 ‘경로의존성(path dependence)’에 대한 이해는 사실의 규범적 수용에 있어 중요한 역할을 한다. 즉, 일단 형성된 제도는 그 환경의 변화에도 불구하고 일반적으로 제도적 존속력을 갖는다.⁵⁸⁾ 다만, 그럼에도 불구하고 사회경제적 환경변화는 끊임없이 ‘경로일탈’의 문제를 제기한다. 이러한 긴장관계는 제도의 본질과 핵심을 유지

하여는 C. Webster, *The National Health Service: A Political History*, Oxford University Press, 1998, pp. 1~5.

56) 유승훈·박은철, 앞의 책, 289면.

57) 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, *의료법학*(제2권 제1호), 대한의료법학회, 284~285면.

58) 전광석, 앞의 책(주37), 29면.

하여야 한다는 ‘정태적 안정성’과 변화된 상황에 대응하는 자기혁신을 통하여 그 기능을 유지하여야 한다는 ‘동태적 안정성’ 사이의 갈등으로 설명되기도 한다.⁵⁹⁾ 이와 같은 사회과학적 기초가 결여된 규범형성은 그 규범의 수용가능성과 현실적합성을 상실시키고, 특정한 가치관에 경도된 자의적인 결정에 의하여 지배될 위험을 발생시킨다. 예컨대, 의료에 대한 국가권력의 개입의 제한을 주장하는 것이 복지국가원리에 입각하여 형성된 사회보장법으로서의 『국민건강보험법』의 정당성 그 자체를 부정하는 것이 되어서는 안 된다.⁶⁰⁾ 헌법의 복지국가원리와 인간다운 생활을 할 권리 등의 사회적 기본권 규정에 의하여 『국민건강보험법』이 실현되고 있는 현실에서, 다른 대안 없이 이를 폐지하고 완전 자유시장형 의료체제로 전환하는 것은 정치적으로 가능하지 않을 뿐 아니라, 헌법적인 차원에서 용인될 수 없는 과거의 형식적 법치국가로의 회귀에 불과한 것이기 때문이다. 오히려 의료에 대한 과도한 국가권력의 개입의 제한 문제는 복지국가원리에 입각한 의료보장법의 ‘근원적 정당성’을 인정하는 전제 위에 이에 대한 법치국가적 한계를 설정하는 것으로 이해함이 타당하다.⁶¹⁾ 다른 한편, NHS로의 전환 가능성에 대하여는 경로의존성에 의하여 다음과 같은 설명이 가능하다. 즉, 이론적으로는 현재의 사회보험 형식의 국민건강보험 제도를 영국식의 NHS로 전환하는 것이 그 대안으로 고려될 수 있을 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 입법자에게 원칙적으로 어떠한 의료보장체제를 선택할 수 있는 시원적 자유가 부여되어 있는 것은 사실이다. 그러나 대부분의 의료기관이 민간의료기관으로서 사법(私法)상의 주체로서의 지위를 보유하고 있는 현실에서 의료기관의 국가기관화를 전제하고 있는 NHS로의 전환은 수용

59) 전광석, 위의 책, 23면.

60) 이하 박지용, 앞의 논문(주19), 533면. 한편, 보건의료법제의 비교법적 및 법정책적 방법론에 대하여 자세한 것은, 조형원, “우리나라 보건의료법의 현황과 과제 - 법정책학적 연구방법론을 중심으로”, 의료법학(제14권 제1호), 대한의료법학회, 2013, 249면 이하 참조.

61) 이는 헌법이론적으로는 사회국가적 입법이 의사의 직업의 자유 또는 환자의 자기결정권 등을 과잉으로 제한하는가의 문제로 파악될 수 있다. 한편, 건강보험법제의 헌법적 쟁점 및 법적 쟁점들에 관하여 자세한 것은, 조형원, “건강보험법제의 과제와 해결방안”, 법과 정책연구(제14권 제3호), 한국법정책학회, 2014, 835면 이하 참조.

되기 어려운 측면이 있다.

이처럼 보건의료법에 있어 비교제도론 내지 비교법학 방법론과 역사적 연구방법은 상호 긴밀한 연관성을 맺고 있다. 즉, 비교 대상인 외국의 제도 내지 외국법의 무비관적인 추종이나 수용이 바람직하지 않음은 물론이며, 그 성립 및 발전 과정에 대한 역사적 고찰을 통해서 그것이 우리에게 갖는 의미를 비로소 온전히 이해할 수 있게 된다.

IV. 글을 맺으며

규범적 방법론, 특히 법도그마틱에 대한 비판과 그에 따른 대안적 법학 교육 방법론의 제시는 지난 2009년 출범한 법학전문대학원 체제에 있어 의미 있는 시사점을 던져 준다. 주지하다시피 새로운 법조인 양성 체제로서 기존의 사법 시험 및 사법연수원 체제를 대신하는 법학전문대학원 체제는 한국 법학 및 법학 교육에 있어 중대한 변화를 야기하고 있다. 특히 법학전문대학원 및 변호사 시험 체제는 소위 '전문법' 영역에 있어 새로운 기회와 위기를 동시에 제공하고 있다.

이는 궁극적으로 전문법으로서의 보건의료법학의 독자적 학문성을 규명하고, 그 내용 및 방법론을 풍부하게 하는 것으로 해결하여야 할 문제라고 생각된다. 보건의료법학은 비단 보건의료와 관련된 실정법만을 그 대상으로 하는 것이 아니라 전통적인 공법학(公法學)과 사법학(私法學) 그리고 보건의료정책 모두에 관련되는 다양하고 광범위한 문제를 다루고 있다. 이는 보건의료법학이 전통적인 공·사법 이분론 또는 기본 삼법 체계 안에 갇혀서 논의될 수 없음을 의미한다.⁶²⁾ 즉, 보건의료법학에 있어 해석학적 접근, 원리적·철학적 접근, 역사적 접근, 사회학적 접근, 정책학적 접근, 비교법학적 접근 등은 하나의

62) 박지용, 앞의 논문(주1), 413면.

독립적인 학문으로 분리되어 있는 것이 아니라 상호유기적인 보건의료법학의 연구방법론이라고 보아야 한다.⁶³⁾

보건의료법학에 있어 역사적 연구는 역사 속에서 형성·발전되어 온 보건의료법 체계에 대한 법적 해명이라 할 것이다. 비록 역사적 연구방법이 보건의료법학 연구의 중심은 아니라고 할지라도 보건의료법의 보다 심도 있는 이해를 위해 하나의 단초가 되는 중요한 위치에 있다는 점을 부정할 수는 없다. 역사적 연구는 현재의 보건의료법을 보다 깊이 있고 정확하게 해석, 적용할 수 있도록 해줄 뿐만 아니라 미래의 법형성에 있어서도 결코 간과할 수 없는 통찰을 제공해주기 때문이다.

63) 박지용, 위의 논문, 413면.

[참 고 문 헌]

- 김성수, 『일반행정법』, 홍문사, 2014.
- 김영환, “법도그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, 『법학논총』 제13권, 한양대학교 법학연구소, 1996.
- 김천수, “불법행위법의 확장과 의료과오책임의 현대적 동향”, 『사법』 제21호, 사법발전재단, 2012.
- 남기윤, 『법학방법론』, 고려대학교 출판부, 2014.
- 박지용, “‘기본법’으로서의 보건의료기본법”, 『한국의료법학회지』 제22권 제1호, 한국의료법학회, 2014.
- _____, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 一考: 학문적 성격, 위상 그리고 개념적 기초”, 『법학논집』 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “보건의료에 대한 헌법적 기초로서 개념적 및 역사적 접근”, 『헌법학연구』 제19권 제4호, 한국헌법학회, 2013.
- 손명세, “보건의료법제의 변천 - 그 평가와 전망”, 『법제』 2007년 7월호, 법제처, 2000.
- 신규환·서홍관, “한국 근대 사립병원의 발전과정”, 『의사학』 제11권 제1호, 대한의사학회, 2002.
- 양재진 외, 『한국의 복지정책 결정과정』, 나남, 2008.
- 유승흠·박은철, 『의료보장론』, 신광출판사, 2009.
- 윤찬영, 『사회복지법제론』, 나남, 2010.
- 이계일, “우리 법원의 법률해석/법형성에 대한 반성적 고찰”, 『법학연구』 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015.
- 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010.
- 이인재·류진석·권문일·김진구, 『사회보장론』, 나남, 2010.
- 전광석, “국민건강보험의 법률관계”, 『의료법학』 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001.
- _____, 『독일사회보장법과 사회복지』, 박영사, 2008.
- _____, 『복지국가론』, 신조사, 2012.

조규창, 『비교법(상)』, 소화, 2005.

조형원, “보건의료법의 입법방향 - 보건의료기본법을 중심으로”, 『의료법학』 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001.

_____, “우리나라 보건의료법의 현황과 과제 - 법정책학적 연구방법론을 중심으로”, 『의료법학』 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.

_____, “건강보험법제의 과제와 해결방안”, 『법과 정책연구』 제14권 제3호, 한국법정책학회, 2014.

보건의료미래위원회, 『2020 한국의료의 비전과 정책방향』, 보건복지부, 2011

보건복지부 보건의료발전기획단, 『보건의료발전계획 공청회자료집(2003-18)』, 보건복지부, 2003.

보건복지부, 『2012 보건복지백서』, 보건복지부, 2013.

Brinkely, 황혜성 외 공역, 『있는 그대로의 미국사 3』, 휴머니스트, 2011.

Calabresi(ed), 『Originalism』, Regnery Publishing, 2007.

Cannadie 편, 문화사학회 공역, 『굿바이 E. H. 카』, 푸른역사, 2005.

Gilderhus, 강유원·이재만 공역, 『역사와 역사가들』, 이론과 실천, 2009.

Gravey 외, 『Modern Constitutional Theory』, Thomson West, 2004.

Larenz, 허일태 역, 『법학방법론 입문』, 세종출판사, 2001.

Siegel, “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, Harvard Law Review, Vol. 122, Issue 1, 2008.

Starr, 『The Social Transformation of American Medicine』, Basic Books, 1984.

Webster, 『The National Health Service: A Political History』, Oxford University Press, 1998.

[국문초록]

보건의료법학에 있어 역사적 연구방법

박지용(연세대학교 법학전문대학원 조교수)

이 연구는 보건의료법학의 발전 과정과 법학방법론에 대한 기초적 이해와 문제의식을 토대로 보건의료법학에 있어 역사적 연구의 의의와 그 접근 방법을 제시하는 것을 목적으로 한다. 보건의료법학에 있어 역사적 연구는 보건의료법이 역사적 현실 속에서 변화하고 발전하는 모습을 탐구하는 것을 그 일차적 목적으로 한다. 그러나 보다 실천적인 관점에서 보건의료법에 대한 역사적 연구의 목적은 ‘현재’의 보건의료법 체계를 올바르게 이해하는데 도움을 준다는 점에서 찾을 수 있다. 또한 역사적 연구는 보건의료법상의 여러 제도들이 유기적으로 연결되어 있으며 상호작용하고 있다는 사실을 인식시켜 주는데 도움을 준다. 더 나아가 역사적 연구는 미래의 보건의료법을 설계함에 있어서도 중요한 준거 자료로 기능할 수 있다. 따라서 역사적 연구에서는 과거의 보건의료법이 어떤 특정한 체계와 규정을 두고 있었는가에 대한 사실의 확인을 넘어, 과연 그러한 규정을 두게 되었던 이념적, 철학적, 정치·경제·사회적 이유 내지 압력 등을 탐구하여야만 한다. 법규범이 법현실 속에서 실제로 어떻게 집행되고 구현되었는지를 확인하는 것 또한 역사적 고찰의 중요한 부분을 구성한다. 이처럼 역사적 연구는 현재의 보건의료법을 보다 깊이 있고 정확하게 해석, 적용할 수 있도록 해줄 뿐만 아니라 미래의 법형성에 있어서도 결코 간과할 수 없는 통찰을 제공해준다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

주제어 : 보건의료법학, 역사적 연구, 역사적 해석, 비교법학, 경로의존성

The Research Method of Health Law History

Jiyong Park

Assistant Professor, Yonsei Law School

=ABSTRACT=

This research aims for suggesting the significance and approaching method of historical study in health law in light of its historical progress and fundamental understanding of jurisprudential method.

Historical research method of health law primarily targets to investigate the changes of the law in historical circumstances. In a further practical view point, however, the purpose of the study is to understand the ‘current’ system of health law appropriately. In addition, historical study enables us to recognize the fact that many systems related to health law are connected and interactive. The study can even function as an important reference when designing future health law system.

Therefore, health law researchers have to investigate ideological, philosophical, political, economic, or social reasons of why such rules were legislated beyond a mere confirmation of past forms of the health law system. In other words, it is not only important to understand the provisions of past health law but also to examine how the regulations have formed, how they established the regulatory power in reality. Identifying how the rule of law had been executed in the reality of law is also a crucial part of historical study.

Keyword: Health Law, Historical Research, Historical Analysis, Comparative Law, Path Dependence