

보건의료법학과 헌법의 교차점

— 보건의료 규범에 관한 헌법적 고찰 —

엄 주 희*

목차

- | | |
|----------------------|---------------------|
| I. 서론 | IV. 조직법적·절차법적 지도 원리 |
| II. 헌법상 보건의료에 관한 기본권 | V. 결론 |
| III. 실체법적 지도원리 | |

Ⅰ 국문초록 Ⅰ

보건의료법학은 보건의료와 관련된 규범 영역과 국가의 법 체계 내에서 보건의료와 관련된 규범 구조라고 할 수 있다. 보건의료법학은 법학의 분과로서 전문법 영역이므로 국가의 최고 법규범이자 규범적 가치기준인 헌법과 조우할 때, 그 근본 틀과 규범의 근간 및 규범의 최종 목적과 원리를 확인할 수 있다. 보건의료법학은 국민의 생명, 건강과 안전에 관한 기본권을 보장하기 위한 사회제도를 만드는 공법의 영역이기도 하다. 보건의료법학에서 궁극적으로 국민의 기본권을 보장하기 위한 목적이 있고, 그것이 지향하는 기본권은 인간으로서의 존엄과 가치부터 생명권, 자기결정권, 알권리와 모를 권리, 보전에 관한 권리, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 신체의 자유, 직업의 자유와 재산권 등을 논할 수 있다. 헌법 원리의 실체가 보건의료 법학에서 어떻게 작동하는지는 헌법재판소 판례를 통해 명확하게 이해할 수 있으므로, 보건의료 영역의 구체적 사안을 통하여

* 연세대학교 의료법윤리학연구원, 법학박사

논문접수일 : 2020. 1. 3., 심사개시일: 2020. 1. 17., 게재확정일 : 2020. 1. 31.

살펴볼 필요가 있다.

따라서 본고에서는 보건의료법학과 관련한 기본권들의 내용을 일괄하고, 구체적인 사안과 법률 조항이 헌법질서에 위배되는지 여부를 판단한 판결 요지와 쟁점을 통해서 헌법상 기본권 질서 속에서 보건의료법학의 내용들을 탐구하였다. 우선 보건의료 영역의 내용면에서 규범적 지도 원리들로서 헌법학에서 확인된 평등의 원리, 과잉금지의 원리, 과소금지의 원리, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원리의 내용이 어떻게 적용되고 있는지 탐구하였다. 그리고 조직법적·절차법적으로 기능하는 규범적 지도 원리들로서는 체계정당성, 사안의 적합성과 법률유보, 보충성의 원리를 가지고 보건의료 관련 사건에서의 적용을 살펴보았다. 이 지도 원리들은 보건의료의 입법·행정·사법의 영역에서 공권력이 발동하는 전 시점에 적용되는 권리들이다. 이와 같이 헌법의 기본권적 특성, 실체법적 조직법 및 절차법적 원리들이 보건의료 영역에 적용됨을 탐구함으로써, 향후 보건의료 영역에서 등장하는 새로운 이슈들을 헌법적인 조망으로 살펴볼 수 있도록 나침판과 통찰을 제공한다.

주제어 : 보건의료, 보건의료법학, 헌법, 기본권, 보건에 관한 권리, 과잉금지의 원칙, 체계정당성, 신뢰보호, 적법절차

I. 서 론

보건의료법학은 국가의 법 체계 내에서 보건의료와 관련된 규범 구조이다. 보건의료의 규범 체계는 국가의 최고 법규범이자 규범적 가치기준인 헌법과 조우할 때, 그 근본 틀과 규범의 근간 및 규범의 최종 목적과 원리를 확인할 수 있다. 보건의료법학은 국민의 생명, 건강과 안전에 관한 기본권을 보장하기 위한 사회제도를 만드는 공법의 영역이면서 보건의료와 관련한 사적 영역에서의 개인의 결정

과 관계를 규율하는 기준이 되는 사법의 영역이기도 하므로, 헌법적 기준으로 보건의료 법학의 내용과 체계를 살펴보는 것이 유용한 의미가 있다. 국민이 국가로부터 보장받을 수 있는 권리인 기본권은 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 조항으로부터 시작한다. 보건의료법학과 관련된 기본권은 제10조 인간으로서의 존엄과 가치부터 생명권, 자기결정권, 알권리와 모를 권리, 제36조 제3항 보전에 관한 권리, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 제12조 신체의 자유, 제15조 직업의 자유와 제23조 재산권 등을 논할 수 있다. 보건의료법학은 궁극적으로 보건의료 관련한 국민의 기본권을 보장하는데 목적이 있고, 기본권의 핵은 인간의 존엄과 가치이다. 보건의료법학은 기본권을 보장하기 위하여 구성된 보건의료 관련 규범 체계와 규범 이론 및 원리를 연구하는 학문이라고 할 수 있다.¹⁾ 보건의료법학이 작용하는 실체는 법원의 판례를 통해 명확하게 이해할 수 있다, 헌법재판소는 어떤 사안이나 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 최종 판단하는 사법기관으로서, 판례를 통해 보건의료와 관련한 기본권을 확인·선언하고 구체적 사안에서 기본권과 헌법질서에 대한 침해 여부를 판단한다. 헌법재판소의 판례들을 통해 헌법 질서 속에서 보건의료법학의 해석과 그 기능을 볼 수 있다.

그래서 본고에서는 보건의료법학과 관련한 기본권들의 내용을 살펴보고, 구체적인 사안과 법률 조항이 헌법질서에 위배되는지 여부를 판단한 판결 요지와 쟁점을 통해서 헌법상 기본권 질서 속에

1) 보건의료법학이 민사법 영역에서 공법 영역으로 논의가 확장되고 있고, 총체적 인식태도, 과학적 경험적 태도, 실천적 태도 등으로 학문을 인식하는 통합과학성의 성격을 가진다고 지적한 글로는 박지용, 보건의료법학의 체계적 이해를 위한 고찰 - 학문적 성격, 위상 그리고 개념적 기초, 이화여자대학교 법학논집 제18권 제2호, 2014. 3월.

서 보건의료법학의 내용들을 탐구한다.(II) 법학은 규범의 내용적 측면과 그 내용을 보장하기 위한 조직과 절차적인 면에서 모두 정당성을 가져야 비로소 온전히 규범적 기능과 역할을 수행하게 된다. 보건의료 영역에 실체법적으로 기능하는 규범적 지도 원리들로서 헌법학에서 확인된 평등의 원리, 과잉금지의 원리, 과소금지의 원리, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원리의 내용이 어떻게 적용되고 있는지 탐구한다.(III) 조직법적·절차법적으로 기능하는 규범적 지도 원리들로서는 체계정당성, 사안의 적합성과 법률유보, 보충성의 원리를 차례로 살펴보도록 한다.(IV) 이 지도 원리들은 보건의료의 입법·행정·사법의 영역에서 공권력이 발동하는 전 시점에 적용되는 권리들이다. 이와 같이 헌법적 관점에서 보건의료와 관련한 규범을 분석하여, 보건의료법학에서 헌법적 요소들을 추출하는 방식은²⁾ 새로운 연구 관점으로 의미가 있고, 향후 보건의료 영역에서 헌법적 해석과 기준이 필요할 때에 단초를 제공할 수 있을 것이다. 헌법의 기본권적 특성, 실체법적 조직법 및 절차법적 원리들이 보건의료 영역에 적용됨을 탐구함으로써, 향후 보건의료 영역에서 등장하는 새로운 이슈들을 헌법적인 조망으로 살펴볼 수 있도록 나침반을 제시하도록 한다.

II. 헌법상 보건의료에 관한 기본권

보건의료법학의 내용 속으로 들어가 헌법의 지도 원리들을 상세

2) 본고의 사용한 실체법적 지도 원리와 조직법적·절차법적 지도 원리의 분석들은 연구논문 ‘엄주희, 연명의료결정법에 대한 사후적 입법 평가, 법제, 2019.12.’에서도 사용되었다.

히 탐구하기 위해서는, 보건의료 관련 사건들 속에서 다루어진 헌법상 기본권 쟁점들을 살펴볼 필요가 있다. 헌법에 명시된 기본권은 법률 중에서도 최고 상위규범이자 근본규범인 헌법에서 보장하는 국민의 권리로서, 보건의료 영역에서 궁극적으로 보장하고자 하는 국민의 권리이다. 보건의료와 관련된 기본권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 근간으로 하여 기본권 목록 전반에 걸쳐 구체화된 권리들로 나타나 있다. 아래에서는 보건의료 영역에 관련된 기본권들과 그와 관련된 쟁점을 상술한다.

1. 인간으로서의 존엄과 가치

헌법 10조에서 기본권의 이정표를 세운 ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 보건의료법학에서도 근간이 되는 기본권 규범이고 궁극의 지향점이 된다. 인간의 존엄성은 기본권 체계에서 처음과 끝이면서 보건의료법학의 지향점과 제도설계의 근간으로서 작용한다. 호스피스 완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(약칭: 연명의료결정법), 생명윤리 및 안전에 관한 법률(약칭: 생명윤리법) 등의 보건의료 관련 법률들의 입법 목적으로 제시되고 있다. 인간의 존엄과 가치 규정으로부터 독자적으로 또는 다른 기본권과 결합하여 인격권, 생명권, 자기결정권 등의 구체적인 권리가 도출될 수 있다. 특히 생명의 시작과 마지막 시점의 보건의료에서는 인간의 존엄과 가치라는 근본적인 기본권의 보장이 중요한 쟁점이 된다. 헌법재판소는 배아의 생성, 보존, 폐기, 잔여배아의 연구에 관해 규율하고 있는 생명윤리법 조항과 관련하여 초기배아의 기본권 주체성을 다룬 사건에서 배아 생성자의 배아에 대한 결정권을 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정에서 도출되는 일반적 인격

권의 한 유형으로 인정하였고³⁾, 임종기의 연명치료 중단에 관한 자기결정권을 헌법 제10조에 근거를 둔 자기운명결정권의 한 내용⁴⁾으로 판단하였다.

2. 생명권

생명권은 우리 헌법상 명문의 규정에는 없지만 인간의 존엄과 가치 규정, 신체의 자유 등에서 도출될 수 있는 기본권 중의 기본권으로 인정되고 있다. 인간의 생명권은 최대한 존중되어야 하고, 국가는 국민의 생명을 최대한 보호할 의무가 있다. 생명권은 국가로부터 침해받지 않을 권리로서 대국가적인 방어권으로의 성격과 타인에 의한 생명권 침해로부터 국가의 보호를 요구할 수 있는 보호 청구권의 성격을 갖는다. 생명권은 그 주체인 본인이라도 개인의 처분권이 인정되지 않으므로 본인의 생명을 임의로 처분하거나 본인 생명에 대한 처분권을 타인에게 위임하는 것은 정당화되지 않는다. 우리 형법이 자살을 실행에 옮겨 성공 또는 실패한 사람의 경우 처벌하지 않으나 자살에 관여한 사람에 대해서는 일정한 책임을 인정하고 있는 이유도 생명권의 처분 불가능성에 근거한다. 모든 인간은 출생에서 사망에 이르기까지 모든 순간 생명권을 보호받아야 한다. 보호가치가 없는 생명이나 생존가치가 없는 생명은 있을 수 없고 인간 생명은 어떠한 경우에도 국가 목적의 단순한 수단이 될 수 없다.

보건의료 관련 법률 중에는 모자보건법에서 모성과 영유아의 생명과 건강을 보호한다는 입법 목적을 표방하고 있다. 태아의 생명

3) 헌재 2010.5.27. 2005헌마346.

4) 헌재 2009.11.26. 2008헌마385.

권도 경시되지 않으며 국가의 보호의 대상이 되고,⁵⁾ 기대여명이 얼마 남지 않은 말기환자의 생명권도 건강한 사람과 마찬가지로 동일하게 보호된다. 반면, 임종 과정에 있는 환자에게 죽음의 과정에 따른 존엄하고 자연스러운 사망에 이를 수 있도록 적극적인 의료를 거부하도록 허락하는 문제 -명의료를 중단·보류하는 것-는 후술하는 인간의 존엄과 가치로부터 도출된 연명의료 결정에 관한 자기결정권의 문제가 된다.⁶⁾

3. 보건의료 영역에서의 자기결정권

우리 헌법상 자기결정권에 대해서는 명시적인 규정이 없으나, 헌법 제10조에서 파생된 개인의 인격권과 행복추구권의 전제로서 개인의 자기결정권이 헌법상 보장되는 것으로 보고 있다. 환자가 본인의 신체에 행해지는 의료에 관한 결정을 스스로 선택할 수 있다는 환자의 자기결정권은 의료인의 설명의무와 이에 따른 환자 본인의 동의권 행사로 나타난다. 예컨대 의료인의 재량권에 기하여 수술 등 신체를 침해하는 진료행위가 필요한 경우, 환자에게 진료행위에 대한 설명을 하고 이에 대한 동의를 얻어야 한다.⁷⁾

환자의 자기결정권이라는 개념은 근대 의학이 형성되기 시작한

5) 현재 2019.4.11. 2017헌바127 법정의견으로 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모에게 의존하여야 하지만, 그 자체로 모와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라서 태아의 생명을 보호할 의무가 있다”고 판시하였다.

6) 엄주희, “환자의 생명 종결 결정에 관한 헌법적 고찰 - 한국과 미국의 헌법 판례를 중심으로”, 헌법판례연구 14, 2013, 96면.

7) 엄주희, “미성년자의 연명의료 결정에 관한 소고: 미국에서의 논의를 중심으로”, 법학논총 제41집, 2018, 6면.

1900년대 초반에 등장하였다. 그 이전까지 의학과 보건의료 영역에서 환자는 단지 치료를 기다려야 하는 수혜자이며 의사의 권위에 복종하는 수동적인 존재였으나, 근대 의학이 형성되면서 환자도 의사와 동등한 자격으로 의료계약을 맺게 되는 자주적인 존재로 패러다임의 전환이 일어났다. 자기결정권은 보건의료에서의 자율성(autonomy)으로 표현될 수 있는 개인의 핵심적인 권리이다. 대만과 우리나라와 같이 의료 가부장주의 의식과 문화를 가지고 있는 문화권에서는 개인의 자율성(individual autonomy) 보다는 가족 자율성(family autonomy) 내지 가족 중심의 의사결정 문화가 존재해왔다. 개인적 자율성 문화는 서구의 생의학 내지 생명윤리의 중심이다. 대만이나 우리나라와 같은 동양의 문화에서는 환자 본인 보다는 가족이 결정하는 가족 중심의 의사결정 문화가 지배적이었으나, 점차 서구의 개인적 자율성 문화가 유입되어 사전연명의료의향서 법제화 등의 제도적 변화의 바람이 불고 있다.⁸⁾

그리고 자기결정권에는 생명의 내재적 존엄성과 국가의 기본권 보호의무로서 보호되는 내재적 한계가 있기 때문에 죽음의 방법과 시기를 자유롭게 선택할 권리, 이른바 죽을 권리까지 나아가지는 아니한다. 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위해, 평상시 건강할 때에 사전연명의료의향서 작성·등록을 해놓거나, 의료진과 상의하여 이루어지는 연명의료계획서 수립 등의 방법으로 본인의 의사를 미리 밝혀놓음으로써 임종기에 연명의료를 거부하거나 중단하는 결정은 헌법상 자기결정권의 한 내용으로 보호될 수 있지만,⁹⁾ 의사조력자살과 같이 적극적·직접적 형태로 생을 마감하는 것을 허용하는 법제는 헌법상 자기결정권으로 허용

8) 엄주희, “대만 환자 자주 권리에 대한 연구”, 법학논고 제64집, 2019, 39면.

9) 헌재 2009.11.26. 2008헌마385.

되는 범위 밖에 있다.¹⁰⁾ 또한 이 자기결정권의 내재적 한계로 말미암아, 임신 기간 중 어느 시기이든 임부 본인의 자기결정에 따라 낙태할 수 있도록 하는 법제는 헌법에 부합하지 않는다.¹¹⁾

4. 알권리와 모를 권리

알권리는 헌법 제10조 등으로부터 도출되는 구체적 권리로서 일반적으로 접근이 가능한 정보원에 대한 접근권을 말한다. 알권리는 사생활로 보호되어야 하는 타인에 대한 정보나 기밀 유지가 필요한 국가기관에 대한 정보가 아니라, 자신의 정보에 접근할 것을 요구하는 권리로서, 보건의료 영역에서는 본인의 정신과 신체에 발생한 사실과 발생이 예측되는 사실에 대하여 접근할 수 있는 권리이다. 보건의료 영역에서 헌법적 권리로서의 알권리와 자기결정권은 동전의 양면처럼 서로 연결되어 환자에게 주어진 기본적인 권리가 된다. 자기결정권의 내용으로서 설명의 의한 동의권(informed consent)이 실현되기 위해서는 우선 알권리가 충족이 되어야 한다는 것이다. 그러나 태아의 성별정보는 국가나 공공기관이 아닌 의료인이 정보 보유자이고 태아의 성별 정보가 일반적으로 접근 가능한 정보원에 해당한다고 보기 어려우므로, 이른바 태아 성별을 미리 확인할 자유는 알권리의 범주에 포함되지 않는다.¹²⁾

반면, 모를 권리라 함은 본인의 내밀한 영역의 신체적·정신적 상

10) 엄주희·김명희, “호스피스 완화의료와 의사조력자살 간 경계에 관한 규범적 고찰”, 법학연구 제28권 제2호, 2018, 22-23면.

11) 엄주희·양지현, “낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명”, 성균관법학 제30권 제4호, 2018, 75-79면.

12) 현재 2008.7.31.선고, 2004헌마1010, 2005헌바90(병합) 결정 ; 이백휴, “의료법상 태아 성감별 및 고지 금지 규정에 대한 검토”, 한국의료법학회지 제18권 2호, 2010, 103면

황에 대해 알지 않고 무위의 초연한 상태를 유지할 수 있는 법익을 보호받고자하는 권리이다. 헌법 10조의 인간의 존엄과 가치와 행복 추구권로부터 구체적인 권리로서 알권리 뿐 아니라 모를 권리도 도출될 수 있고, 이는 의료윤리상 타인에게 해악을 끼치지 않을 의무(악행 금지의 원칙)와 맥을 같이 한다. 모를 권리의 실제적 적용으로는, 치료나 연구 중에 우연히 획득한 부산물(incidental findings) 등을 환자 본인에게 알림으로 인해 환자가 불안, 초조, 근심, 걱정, 고통 등 정신적 해악이나 보험 혜택 등의 불이익을 보지 않도록 보호받을 수 있다는 것이다.¹³⁾ 모를 권리는 사법상 관계 속에 주장할 수 있는 민사적 권리나 알권리에 반대되는 반사적 성격을 가지는 권리가 아니라, 헌법적 차원의 새로운 권리로서 이해될 수 있다. 유전자 검사나 뇌신경과학기술 등 신생 기술과 과학기술의 발전으로 인해 알게 되는 유전정보와 미래에 발생할 가능성이 있는 질환에 관한 정보에서는 알권리 보다는 모를 권리의 보호가 더 필요하다. 1997년 UNESCO의 인간 유전체와 인권에 관한 보편 선언과(UNESCO, Universal Declaration in the Human Genome and human Rights, 1997, art.5c) 같은 해에 유럽의회의 인권과 생의학에 관한 협약(Council of Europe, Convention on Human Rights and Biomedicine (Oveido Convention), 1997, art.10(2))에서는 유전자 검사의 결과를 고지 받거나 받지 않을지에 관해 본인이 결정할 수 있는 권리를 명시함으로써, 국제 인권 차원에서 알권리와 모를 권리를 다루었

13) 엄주희, 뇌신경윤리에 관한 법제 연구, 2018, 59면; 석희태, 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무, 의료법학 제19권 제1호, 2018, 5면; 유호중, ‘유전정보의 모를 권리’의 윤리적 법적 근거와 실현 방법, 한국의료법학회지 22(1), 2014, 109-110면; Jonathan Herring, Charles Foster, “Please Don’t Tell me”-The Right Not to know, 21 Cambridge Q. Healthcare Ethics 20, 2012, pp.21-24. 미국의 경우, 모를 권리의 법적 근거를 자율성(우리나라의 경우, 헌법상 권리로서 자기결정권) 뿐 아니라 사생활의 영역에서 보호 원리인 프라이버시권에서도 도출하고 있다.

다.¹⁴⁾ 모를 권리는 UNESCO, 세계보건기구의 선언, 네덜란드 민법, 프랑스 보건법전, 독일 민법 등에 채택되어 법제화되어 있다. 이에 대하여 환자에게 진실을 알리지 않는 것을 허용하는 것으로 의사와 환자 사이의 관계 측면의 진화에 반하며, 의사의 위험을 알릴 의무에 반하는 것이며 또한 환자의 자율성(autonomy) 관념에 반한다는 반대론도 있다.¹⁵⁾ 후술하는 보건에 관한 권리의 내용에도 알권리와 모를 권리가 내용요소로서 구성될 수 있다.

국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 별표2에서 요양급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용 즉, 비급여 진료내용에 대해 규정한 것은 환자나 환자의 보호자로 하여금 비급여 진료내용을 알기 쉽게 고지한 것으로서 의료소비자의 알권리를 충족시킬 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 알권리의 보장으로 진료비용에 대한 예측가능성을 확대하고 의료기관에 대한 선택권을 강화할 수 있다.

5. 보건에 관한 권리

우리나라 제헌헌법 제20조에서 가족과 건강에 대한 국가의 보호가 명시된 이래, 헌법 제36조 제3항으로 보건에 관한 규정을 유지하고 있다.¹⁷⁾ 헌법 제36조 제3항은 모든 국민이 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다고 규정함으로써 국가의 보건의료 체계를 설립할 의무를 부과하고, 실제적인 보건의료에 관한 행정 활동을 하는데 있어 세부적인 내용은 개별 법률로 정해서 규율한다. 보건에 관

14) Bartha Maria Knoppers, From the Right to Know to the Right Not to know, 42 J.L. Med. & Ethics 6, 2014, pp.6-7.

15) 엄주희, 뇌신경윤리에 관한 법제연구, 법제처, 법제 통권 제683호, 2018. 12월, 59-60면.

16) 현재 2015.11.26. 2014헌바299.

17) 헌법 제36조 제3항 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

한 규정은 보건의료 영역에 관해 준거가 되는 기본권 규정으로, 국민이 보건을 침해당할 경우 이를 방어하고 배제를 청구할 수 있는 자유권적 성격과 국민의 건강한 생활의 유지와 증진을 위한 배려를 요구할 수 있는 사회권적 성격을 모두 가지고 있다. 사회권적 성격으로부터 국민의 보건의료 수준을 향상시킬 수 있는 보건의료 체계를 구축하고 보건의료 정책을 시행하도록 국가에 요구할 수 있는 근거가 도출된다.¹⁸⁾

보건에 관한 권리와 병행하여, 보건의료 체계에서는 전술한 알 권리와 모를 권리 두 가지 측면이 모두 고려하여야 한다. 환자 본인이 가지는 알권리는 설명 동의(informed consent)로서, 의료진이나 연구자가 의사결정 능력이 있는 환자에게 치료 및 시술에 관한 정확한 정보를 고지·제공하여 환자의 자발적인 의사에 기한 동의를 획득해야 하는 것이다. 다만 예컨대, 의사능력이 없는 환자에게 뇌 신경과학기술 등의 안전성 검증이 충분하지 않은 첨단기술을 적용하려고 할 때 본인 동의를 불가능하여 대리인의 동의로 갈음해야 되거나, 장애인들에게 뇌신경기술이 장애를 치료할 수 있는 유일한

18) 현재 2004.1.29., 2001헌바30 ; 이 판결 이후에 보건복지부령 ‘치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 시행규칙’이 제정되고, 위 시행규칙에 따라 2008년 처음으로 치과전문의 자격시험이 실시되어 치과의사전문의(이하 ‘치과 전문의’라 한다)가 배출되기 시작하였다. 2011. 4. 28. 법률 제10609호로 개정된 의료법에서는 제77조 제3항을 신설하여, 전문과목을 표시한 치과의원은 그 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하여야 한다고 규정하고, 같은 법 부칙 제1조에서 그 시행일을 2014. 1. 1.로 하였다. 그 결과 2014. 1. 1.부터 치과의원은 전문과목을 표시할 수는 있되, 전문과목을 표시하는 경우 그 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료할 수 있게 되었다. 치과전문의들은 이 의료법 제77조 제3항이 치과의원을 개설·운영하였거나 개설·운영하고자 하는 자들의 직업의 자유와 평등권 등을 침해한다고 주장하면서, 2013. 11. 26. 헌법소원심판을 청구하였다. 결국 현재 2015. 5. 28. 2013헌마799 판결로서 헌법재판소는 의료법 제77조 제3항이 치과전문의인 청구인들의 직업수행의 자유와 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정하였다.

치료 방법일 경우 동의를 보완할 수 있는 안전 장치에 대한 고려가 필요하다. 동의능력에 있어 취약한 상황에 있는 사람들에 대한 보호 방안에 대한 문제와 환자의 최선의 이익을 위한 보건의료 시스템에 관한 문제는, 국민의 보건에 관한 권리에서 나오는 국민 건강의 유지와 향상을 위한 보건의료정책에 관한 입법재량권을 보유하고 있는 국가의 의무에서 고민되어야 하는 영역이다.

현행 헌법의 조문과 체계상 보건에 관한 권리의 위상이 분명하지 않는 면이 있으므로, 한국헌법학회의 헌법개정연구위원회가 2018년에 제안한 헌법개정안에서는 현행 보건에 관한 조항(제36조 제3항)을 인간다운 생활을 할 권리 등의 사회권 조항으로 이동하여 ‘건강권’이라는 용어를 명시함으로써 기본성을 명확하게 드러내고 국가의 건강보호의무로서 질병의 예방과 보건의료 제도의 향상을 명시할 것을 제안한 바 있다.¹⁹⁾ 헌법재판소는 전문의 자격시험 불합시 위헌확인 사건에서 우리 헌법의 보건에 관한 규정을 “보건에 관한 권리” 또는 ‘보건권’이라고 부르고 국민의 건강한 생활이 침해당하지 않도록 요구할 수 있을 뿐 아니라 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 있는 권리로 이해”한다고 판시하였다. 이 사건에서 의료법 법령에서 치과전문의의 전문과목을 10개로 세분화하고 일반치과의까지 11가지의 치과의가 존재 하는데 치과전문의제도를 시행하지 않고 있는 것이 진정입법부작위에 해당하고, 직업으로서 치과전문의를 선택하고 이를 수행할 자유 즉 직업의 자유와 평등권을 침해한다고 하였지만, 이러한 입법부작위로 인해 국민의 보건의 침해당하고 있다고 보기는 어렵다고 판단하

19) 허종렬·엄주희·박진완, “헌법상 기본권 개정안 논의동향과 성과 검토- 2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로”, 법학논고 제63집, 2018, 113면.

였다.²⁰⁾

6. 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권

헌법 제17조는 사생활의 자유와 비밀을 보장하고 있는데, 이로부터 헌법재판소 판결에서는 개인정보자기결정권을 별도의 기본권으로 창설하고 있다.²¹⁾ 사생활의 자유와 비밀은 외부의 간섭이나 침해 없이 사생활의 영역을 형성하고 간직 될 수 있도록 하는 것이며, 본인만의 영역이 타인에 의해 외부에 공표되었을 때 인간의 존엄성에 대한 침해나 인격적 수모를 느끼게 되므로 사생활의 자유는 인간의 존엄성과 불가분의 관계가 있으며 인격권적 성격을 가진다.²²⁾ 사생활에 해당하는 사실이 본인의 동의 없이 함부로 공개되거나 성명, 초상, 경력 등 인격권과 불가분에 관계있는 개인사가 영리적 목적으로 사용된다면 사생활의 자유와 비밀이라는 기본권의 침해로 볼 수 있다. 예컨대 기형적인 코의 사진을 의학잡지에 게재하는 행위, 제왕절개수술을 촬영하여 일반인들에게 상영하는 행위, 환자가 혼수상태에 있는 동안 안면 사진을 촬영하여 공개하는 행위 등²³⁾ 일반인의 감수성을 기준으로 공개 대상이 된 개인의 입장에서 봤을 때 공개되지 않기를 바랄 것으로 추정되는 것일 때에는 사생활의 비밀과 자유의 객체로서 보호되어야 한다.

또한 보건의료에 관한 정보는 개인식별정보이자 각종 민감정보를 포함하여 정보적 성격을 가진 객체이므로, 사생활의 비밀과 자

20) 헌재 1998.7.16. 96헌마246.

21) 헌재 2018.8.30. 2016헌마483; 헌재 2014.8.28. 2011헌마28·106·141·156·326(병합); 헌재 2012.8.23. 2010헌마47·252(병합) 등

22) 엄주희, 뇌신경윤리에 관한 법제 연구, 법제 통권 683호, 2018, 56면.

23) 성낙인, 헌법학 제13판, 법문사, 2013, 636면.

유와는 별도로 개인정보를 보호받아야 할 필요성이 있다. 이에 따라 보건의료 정보에 관한 사생활 보호와는 별개로 개인정보자기결정권이라는 구체적 권리가 발생한다.

보건의료 영역에서 다루는 개인의 건강에 관한 정보는 개인정보보호법 상 민감정보로 분류되어 통상의 개인정보 보다 더 특별한 보호의 대상이 된다. 즉 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보라고 보아 개인정보처리자가 몇 가지 예외의 경우를 제외하고는 처리해서는 안되고, 민감정보를 처리하는 경우는 분실, 도난, 유출, 위조, 변조, 훼손되지 않도록 안전성 확보를 위해 필요한 조치를 해야 하는 것으로 취급한다.²⁴⁾ 예외사항은 정보주체에게 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우나 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우이다. 예컨대 경찰관 직무집행법 제8조에 따라서 범죄의 수사를 위하여 불가피한 경우에는 민감정보를 처리할 수 있다. 2020년 1월에 개인정보보호법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 이른바 데이터 3법 개정안이 국회 본회의를 통과함으로써 과학적 연구, 통계작성, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보로 처리하여 개인정보가 활용

24) 개인정보보호법 제23조 민감정보의 처리 제한 ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하, '민감정보'라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도의 동의를 받은 경우
2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

② 개인정보처리자가 제1항 각 호에 따라 민감정보를 처리하는 경우에는 그 민감정보가 도난, 유출, 위조, 변조 또는 훼손되지 아니하도록 제29조에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하여야 한다.

될 수 있는 길이 열렸다. 그런데 인간대상연구나 인체유래물 연구의 경우는 생명윤리법이 적용되기 때문에 연구대상자와 기증자의 서면동의 뿐 아니라 기관위원회의 심의까지 필요하다. 생명윤리 및 안전에 관해서는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 생명윤리법이 적용되는데(생명윤리법 제4조) 개정된 개인정보보호법에는 가명정보로 처리할 수 있는 ‘과학적 연구’에 인간대상연구와 인체유래물 연구가 포함되는지에 관해 특별한 규정을 두진 않았다.(개인정보보호법 제28조의2 제1항) 인간의 존엄성과 생명윤리에 관한 사항을 특별히 규율하는 생명윤리법의 취지와 생명윤리법 상의 연구대상자보호에는 개인정보 보호가 핵심요소 중 하나라는 점, 개인정보보호법의 개정 이유²⁵⁾를 종합적으로 고려하면 인간대상연구와 인체유래물 연구는 여전히 생명윤리법이 적용된다고 해석된다. 향후 이런 연구에서 나온 데이터 활용을 도모한다면 생명윤리법의 개정과 실무적인 가이드라인 제정이 고려되어야 할 것으로 보여진다.²⁶⁾

서울용산경찰서장이 범인을 검거하기 위하여 국민건강보험공단에게 범인들의 2-3년 간의 요양급여내역을 요청하여 제공받은 사건에 대하여, 헌법재판소는 전기통신사업자로부터 위치추적자료를

25) 4차 산업혁명 시대를 맞아 핵심 자원인 데이터의 이용 활성화를 통한 신산업 육성이 범국가적 과제로 대두되고 있고, 신산업 육성을 위해서는 인공지능, 클라우드, 사물인터넷 등 신기술을 활용한 데이터 이용이 필요하여 안전한 데이터 이용을 위한 사회적 규범 정립이 필요하다는 점, 개인정보 보호감독기능과 관련 법령이 분산되어 있어 신산업 육성을 위한 데이터 이용활성화를 지원하는 데 한계가 있어 개정이 필요하다고 개정이유를 밝히고 있기 때문에 생명윤리법 상의 인간대상연구 및 인체유래물 연구에서의 개인정보 활용과의 정합성은 고려되지 않았던 것으로 보인다.

26) 이재훈, 데이터 3법 개정에 따른 바이오 의료정보 활용방향과 시사점, 한국생명공학연구원 생명공학정책연구센터, 2020 BioNpro Vol.71, 12-13면 ; 이러한 이유로 바이오 의료 분야에서 가명정보를 처리할 수 있게 하기 위해서는 생명윤리법의 개정이 필요하다는 의견이다.

제공받는 등의 방법으로 범인들의 위치를 확인할 수 있는 상태였으므로 2-3년 간의 요양급여내역을 제공받는 것이 범죄수사를 위하여 불가피한 경우에 해당하지 않는 반면 요양급여내역 대상자들의 개인정보자기결정권에 대한 침해는 중대하다고 보았다.²⁷⁾ 과잉금지 원칙상 침해의 최소성과 법익의 균형성에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다고 판시하였다.

7. 신체의 자유

신체의 자유는 근대헌법이 보장하는 가장 기본적인 자유로서 모든 사회적·경제적·정신적 자유의 근간 또는 전제가 되는 것이다. 신체의 자유는 영국의 권리장전, 미국헌법 등으로 인권의 역사와 함께 해온 전통의 기본권으로 현재 우리 헌법 12조에 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포구속적부심판청구권, 적법한 절차에 관한 규정으로 명시되어 있다. 신체의 자유에는 신체활동의 자유와 신체를 훼손당하지 않을 권리가 포함된다고 해석하는 것이 통설이다. 헌법재판소도 “신체의 자유를 보장하고 있는 것은 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적 위협으로부터 침해당하지 않을 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것”²⁸⁾이라고 판시하여 신체의 자유가 신체를 훼손당하지 않을 권리를 포함하는 것으로 해석해 오고 있다.²⁹⁾ 보건의료에서 행해지는 치료는 침습적 치료의 경우 외관상 신체에 대한 상해를 유발하지만 법적으로도 의료로 인한 정당한 행위로 평가된다.

27) 헌재 2018.8.30. 2014헌마368.

28) 헌재 2016.3.31. 2013헌바190, 헌재 2018.8.30. 2014헌바681

29) 엄주희, “생명권의 헌법적 근거와 연명치료중단에서의 생명권의 보호범위”, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013, 286-287면

환자 본인의 의사와 무관하게 이루어지는 강제 치료는 신체의 자유의 침해가 되기 때문에, 보건의료법학에서 신체의 자유는 특히 정신장애인의 강제 입원 문제에서 크게 부각된다. 헌법재판소는 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과 전문의 1인의 진단으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 한 구 정신보건법 규정은 인신구속에 버금가는 수준으로 신체의 자유를 제한하는 것이라고 보고, 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 적절한 방안을 마련하지 않음으로써 과잉금지원칙을 위배하였고, 결과적으로 신체의 자유의 침해라고 판단하였다.³⁰⁾

8. 직업의 자유와 재산권

모든 국민은 직업 선택의 자유를 갖는다(헌법 제15조). 직업선택의 자유는 직업결정의 자유와 직업수행의 자유를 포괄하는 것으로서, 개인과 법인이 모두 이 기본권의 주체가 될 수 있다. 직업선택의 자유는 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해 계속적인 소득활동을 할 자유로서 그러한 활동의 종류나 성질을 묻지 않는다.³¹⁾ 보건의료인도 직업 선택의 자유를 누리므로 보건의료 분야에 종사할 수 있는 자유와 공정경쟁의 기회를 가지면서 사회적 경제적 기반을 가지게 된다. 우리 헌법에서 보장하는 재산권은 법률로 내용과 한계가 정해지며(제23조 제1항), 재산권의 행사는 공공복리에 적합해야 한다는 의무가 부과되어 있다.(제23조 제2항) 보건의료인의 직업의 자유와 보건의료 관련 직업에 종사함으로써 얻는 재산권은, 보건의료인의 사회적인 역할과 국가의 면허 제도를 통하여 허가받은

30) 헌재 2016.9.29. 2014헌가9.

31) 헌재 1993.5.13. 92헌마80, 헌재 1997.3.27. 94헌마196, 2001. 6. 28. 2001헌마132 등

특수한 권리와 의무를 수반한다. 보건의료인은 면허라는 국가의 행정행위에 의하여 직업수행을 할 수 있고, 의료행위를 할 수 있도록 허용된 직업인으로서 의료법 등의 규율에 의하여 위반 시 처벌, 제재의 대상이 된다.³²⁾ 보건의료제도에서 직업의 자유와 재산권의 침해인지 여부를 판단할 때에는, 보건의료의 공공성으로 인하여 보건의료제도로서 달성하고자 하는 공익과, 공익의 달성이라는 목적에 인해 희생될 가능성이 있는 직업선택의 자유와 재산권 등 사익간의 법익형량의 방법으로서 보건의료제도의 정당성과 위헌성을 판단할 수 있다. 요양기관 강제지정제에 관해 위헌 여부를 다툰 사건에서, 외과의원을 개설하여 운영하던 전문의인 청구인들은 사적 부담으로 의사자격을 취득하고 의료기관을 설립하여 그에 상응하는 수입을 대가로서 기대했으나 국민건강보험법규정은 각자의 능력, 투여비용, 시설의 차이를 무시하고 모든 의료기관에게 요양급여를 강제하고 획일적인 대가를 지급하기 때문에 재산권을 침해한다고 주장했으나, 보건의료인이 받은 전문 교육이 장래에 일정한 경제적 결실을 맺으리라는 기대나 시설투자가 일정한 이윤을 가져오리라는 예상 등 기대이익은 모두 개인의 자유로운 결정과 그에 따른 사적 위험부담에 기인하는 것으로 보기 때문에 헌법상 재산권의 범위에 포함하지 않는다고 보았다.³³⁾

의료기관의 조제실에서 종사하는 약사가 외래환자에게 교부된 처방전에 의하여 의약품을 조제할 수 없도록 규정한 약사법 제23조 제7항에 대해서도, 의약분업제도의 도입을 통해 의약품의 오남

32) 현행 보건의료법체계에서 행위자 중심의 의료행위 규정체계의 문제점을 지적하면서 행위 중심의 규율 체계로 전환이 필요함을 제안한 글은 ‘장철준, 의료행위와 기본권: 헌법 해석적 접근, 의료법학 제15권 제1호, 2014’ 12-14면.

33) 헌재 2002.10.31. 99헌바76 등

용을 예방하고 약제비를 절감하며 환자의 알권리를 신장시키고 제약 산업의 발전을 도모함을 통하여 국민의 보건을 증진시킨다는 입법목적이 타당하고, 수단의 적합성과 피해의 최소성에 위배되지 않으며, 직업행사의 자유의 제한이라는 불이익에 비하여 국민보건의 향상이라는 공익의 비중과 효과가 커서 법익의 균형성도 달성하였으므로 직업행사의 자유를 침해하지 않는다고 판시하였다.³⁴⁾

Ⅲ. 실체법적 지도 원리

보건의료법학의 내용상 규율되는 헌법상의 원리들은 국민의 보편적인 건강과 생명의 보호, 그리고 사회방위와 안전이라는 공익을 추구하는 데에서 빚어지는 개인의 자유와의 충돌 지점에서 작동한다는 특성이 있다. 이 원리들은 입법, 행정, 사법의 공권력의 주체가 공권력을 발동할 때 반드시 준수해야 하는 내용들로서, 보건의료 법령들의 내용이 헌법에 위반되었는지를 판단할 때 기준으로도 작용한다. 헌법재판소에서 실제 다루어졌던 실체법적 쟁점들을 표본으로 아래에서 상세히 탐구한다.

1. 평등의 원리

평등의 원리는 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 받지 않을 권리로서 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리이다. 우리 헌법 제11조에 명시된 기본권으로서 법 적용과 법 내용상의 평등을 의미하는 법 앞의 평등³⁵⁾과, 기회의 균등과 공권력의 자의금지를

34) 헌재 2003.10.30. 2000헌마563.

내용으로 하는 상대적 평등을 내용으로 한다. 평등의 원리는 입법자를 구속하여 기본권제한입법의 한계가 된다는 의미로 해석된다.³⁶⁾ 보건의료 관련 법령에도 평등의 원리가 작용하므로 합리적 이유 없이 불평등한 취급을 하는 법 조항은 헌법에 위반될 소지가 높아진다. 이는 규제의 대상이 되는 입장 뿐 아니라 요양급여와 같이 수혜를 받는 입장에서조차 합리적 이유 없는 차별을 받지 않아야 함을 의미한다.

A형 혈우병 환자들에 대해서 요양급여를 받을 수 있도록 규정하는 고시 조항에 관한 평등권 위반 여부를 다룬 헌법재판소 사건에서³⁷⁾, 1983.1.1. 이후에 출생한 환자로 수혜자 한정하는 기준은 환자의 출생 시기라는 우연한 사정에 기인하는 결과의 차이일 뿐이어서, 이러한 차이로 인해 A형 혈우병 환자들에 대한 치료제인 유전자재조합제제의 필요성이 달라진다고 할 수는 없다고 하였다. 그렇기 때문에 A형 혈우병 환자들의 출생 시기에 따라 이들에 대한 유전자재조합제제의 요양급여 허용 여부를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 수 없어 평등권의 침해라고 판시하였다.

또한 의료인이 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 없고, 이를 위반한 자를 처벌한다고 규정한 의료법 조항 (의료법 제33조, 제87조 제1항 제2호 등)에 대해 평등원칙 위반을 검토한 사건³⁸⁾에 대해서

35) 헌재 1992.4.28., 90헌바24 “법 앞의 평등”이란 사법부에 의한 법적용상의 평등을 뜻하는 것 외에도 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명령하는 이른바 법내용상의 평등을 의미 … 입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수는 없다…”

36) 엄주희, “혼돈에 빠진 평등론에 관한 토론문”, 한국법률가대회, 2018. 10월.

37) 헌재 2012.6.27. 2010헌마716.

38) 헌재 2019.8.29. 2014헌바212.

의료법인이 이 조항에 적용을 받지 않고 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 있지만 의료법인의 경우 국가의 관리를 받고 이사회나 정관에 의한 통제가 가능하며 명시적인 영리추구가 금지되는 점 등에서 의료인 개인과 의료기관 등의 법인은 중복운영을 금지할 필요성에 차이가 있다고 보았다. 그래서 의료인과 의료법인 등을 달리 취급하는 것이 합리적인 이유가 있어 평등원칙에 반하지 않는다고 판시하였다.

2. 과잉금지의 원칙

입법·행정·사법의 모든 국가작용의 권한행사에 적용되는 원칙으로서, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 한다. 과잉금지의 원칙은 비례의 원칙으로도 불리운다. 특히 입법의 기준으로 적용될 때는 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 시에 입법 활동의 한계로서 기능하고, 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 존중하고 최소한으로 침해하는 수단을 선택해야 한다는 것이다.³⁹⁾ 보호법익을 침해하는 행위에 대해서 이에 상응하는 처벌이나 제재 규정을 두어야 한다는 형벌 균형성, 법익 균형성의 요청이 과잉금지의 원칙에서 비롯된다. 이러한 입법과 행정이 이루어졌는지에 대한 최종 판단으로서 헌법재판소가 기본권 침해 여부를 판단할 때 위헌 심사의 원리로 과잉금지의 원칙을 적용하게 된다. 보건의료 영역의 입법, 행정, 사법의 작용에서도 과잉금지의 원칙은 중요한 원리로 작동한다. 보건의료를 규율할 때에 어떤 개인이나 집단에 대한 각종 제재나 처벌에 관한 규정의 목적

39) 엄주희, 뇌신경윤리에 관한 법제 연구, 법제처 법제, 2018, 61면 등

이 정당한 것인지, 해당 제재나 처벌이 규정이 추구하고자 하는 목적을 달성하기에 적합한 수단과 균형성을 가지고 있는 것인지를 판단하여야 한다.

리베이트를 금지하는 것은 의료기기 가격이 인상되고 환자에게 그 비용이 부당하게 전가되는 것을 방지하고 의료서비스의 질을 높여 국가의 보호를 받는 국민 보건에 기여하면서도 보건의료시장에서 공정하고 자유로운 경쟁을 확보하여 의료기기 유통질서를 투명화하기 위한 것이다.⁴⁰⁾ 리베이트를 수수한 의료인을 처벌하도록 한 의료법 조항에 대한 위헌 여부를 다룬 사건에서 헌법재판소는 이 의료법 조항의 입법 목적의 정당성이 인정되고 징역형이라는 제재 방법이 리베이트를 효과적으로 억제할 수 있다는 점에서 수단도 적합성을 가진다고 보았다.

3. 과소보호금지의 원칙

기본권을 보호하기 위한 입법을 함에 있어서, 기본권 보호를 위한 국가의 기본권 보호의무의 최소한의 요구는 충족시켜야 한다는 원칙이다. 과소보호금지의 원칙은 이러한 국가의 기본권보호의무의 한계를 정하는 기준이 된다. 국가의 기본권 보호 의무는 특히 제3자에 의한 생명 침해로부터 개인을 보호하는데 의미를 찾을 수 있다.⁴¹⁾ 예컨대, 임부가 임의로 낙태를 하는 것을 방지하기 위해 형벌을 제재 수단으로 선택하여 규정하는 배경은 태아 생명보호라는 공익과 국가의 태아에 대한 생명보호 의무가 존재하기 때문이다. 헌법재판소는 태아의 손해배상 청구권에 관해 이미 출생한 것으로 본

40) 헌재 2015.11.26. 2014헌바299

41) 이부하, 국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙, 법학연구 17(2), 2014.

다고 규정한 민법 제762조와 권리능력의 존속기간을 생존한 동안으로 규정한 민법 제3조 등에 대한 위헌확인 청구사건⁴²⁾에 있어서 과소보호금지원칙이 적용되었다. 국가가 기본권 보호 의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지에 관한 입법자의 입법재량의 범위에 속하는 것이고, 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호 의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우만 인정될 수 있다. 즉 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여, 과소보호금지원칙에 의하여 국가의 보호의무 위반을 확인하게 된다. 생명권과 같이 개인의 핵심적인 자유영역의 침해하는 경우는 국가의 보호 의무가 더욱 강화되는 것으로 해석될 수 있다.⁴³⁾ 민법 제3조와 제762조가 태아의 생명권을 보호하는데 미흡하여 국가의 기본권보호의무를 위반하는지 여부에 대해 판단한 사건에서, 헌법재판소는 형법과 모자보건법 등 관련규정들을 통하여 태아의 생명에 대한 직접적 침해 위험을 규범적으로 충분히 방지하고 있으므로 태아가 사산된 경우에 한하여 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 해서 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라고 할 수 없다고 판시하였다. 그래서 입법재량권을 일탈한 것으로 보기 어렵다고 하면서 이 법률조항이 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이 아니라고 하였다.

42) 헌재 2008.7.31. 2004헌바81

43) 엄주희, “영아의 생명권을 위한 규범적 고찰 - 베이비박스에 관한 영아유기 문제를 중심으로”, 서울법학 23(3), 2016, 98-99면.

4. 신뢰보호의 원칙

헌법상 법치주의 원리에 근거하여 이미 시행되고 있는 법질서에 대한 국민들의 신뢰를 보호할 필요가 크기 때문에 구법에 의하여 이미 획득한 자격이나 권리 등은 새로운 입법을 하는 경우에도 존중하고 보호되어야 한다. 이때 보호되는 신뢰는 개인이 국가에 대해 일방적 또는 추상적으로 가졌던 기대가 아니라 기존 국가질서의 범위 내에서 국가가 개인에게 이미 부여했던 확정적이며 구체적인 신뢰를 의미한다.⁴⁴⁾ 보건의료 영역에서 새로운 법과 제도들이 제정될 때, 기존의 제도나 관행을 신뢰한데 대한 보호를 주장할 수 있는데 신뢰의 근거와 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등을 종합적으로 고려하여 신뢰보호의 원칙에 반하는지 여부에 대한 판단이 이루어진다.

제대혈 관리 및 연구에 관한 법률(약칭: 제대혈법)이 2010년 제정되고 2011년부터 시행됨에 따라, 제대혈의 유상거래가 금지되고 기증 제대혈 중심의 공공관리체계가 마련되었다. 종전에 체결한 제대혈 줄기세포에 대한 독점판매권이 무효화됨으로써 재산권 침해와 신뢰보호의 원칙의 위반을 주장한 사건에서, 헌법재판소는 기존 법질서에 대한 신뢰의 가치와 새로운 법제도가 달성하고자 하는 공익과 비교형량함으로써 제대혈의 유상거래를 금지하는 공익이 훨씬 우월하다고 보아 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.⁴⁵⁾

44) 전광석, 한국헌법론 제14판, 집현재, 2019, 262면

45) 헌재 2017.11.30, 2016헌바38.

5. 적법절차의 원리

적법절차 원리는 신체의 자유가 제한될 때 준수해야 하는 절차적인 규범 원리이다. 적법절차 원리의 근거가 되는 헌법 제12조 1항은 체포, 구속, 압수, 수색, 심문 등은 법률에 의하지 않고 이루어질 수 없고, 처벌과 보안처분, 그리고 강제노역에 대해서 법률과 적법한 절차에 따를 것을 명시하고 있다. 적법절차 원리는 신체의 자유뿐 아니라 법치국가원리의 실현원리로서 기능한다. 따라서 기본권의 제한에 있어서나, 공권력에 의해 개인에게 불이익처분이 이루어지는 국가작용 전반에 걸쳐서 모두 적용될 수 있다.⁴⁶⁾

보건의료법학에서 적법절차 원리가 적용된 사안으로는 적법한 절차 없이 정신질환자를 인식구속과 같은 수준으로 이루어지는 강제입원 조치에 대한 헌법불합치 결정⁴⁷⁾, 그리고 디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률(약칭: 디엔에이법)이 디엔에이감식기로 채취영장 발부 과정에서 채취대상자가 자신의 의견을 진술의 기회가 주어지지 않고 영장발부에 대한 불복 절차가 미비했던 점에 대하여 헌법불합치 결정⁴⁸⁾을 내린 점을 들 수 있다. 두 사건 모두 헌법불합치 선고를 하면서 입법 개선이 이루어질 때까지 잠정 적용을 명했고 현재는 해당 법률들이 개정되었다.

우선 헌법불합치 결정을 받은 정신보건법 제24조 제1항은 정신질환자의 정신의료기관 또는 정신요양시설에 강제 입원 또는 그것의 해제를 결정하는 과정이 정신질환자의 신체의 자유를 제한하는 과정이므로, 이 과정 속에서의 적절한 절차보장이 이루어져야 한다는 것이 곧 적법절차 원리의 판단이 된다. 두 번째 디엔에이법 제8

46) 전광석, 앞의 책, 327면.

47) 현재 2016.9.29., 2014헌가9

48) 현재 2018.8.30. 2016헌마344 등

조 헌법불합치 사건은 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 과잉금지금지 심사를 통하여 적법절차 원리를 기준으로 영장 발부 절차에 대해 재판청구권을 침해했다고 판단하였다. 수형인과 구속피의자로부터 디엔에이를 수집, 보관하는데 있어서 범죄예방과 해결을 위해 사용한다는 공익상의 목적에 적절한 수단과 방법인지 내용적 절차적 정당성을 가질 수 있는가를 검토하는 것이 적법절차 원리의 핵심이다.⁴⁹⁾ 이 헌법불합치 판결에 따라서 디엔에이 채취 시에 채취대상자에게 서면으로 의견진술의 기회를 주도록 하고(제8조 제4항 후단 및 제항 신설) 채취에 관한 처분에 불복이 있으면 채취가 이루어진 날부터 7일 이내에 법원에 그 처분의 취소를 청구할 있도록 하며(제8조의 2 신설), 디엔에이 감식치료의 채취에 관한 처분 취소결정이 확정된 경우에 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하도록 하는 등(제13조 제3항 신설)의 규정 정비가 이루어져서 2020년 1월20일자로 시행되고 있다. 법률 개정에도 불구하고 여전히 해결되지 않은 문제들이 있다. 수형인의 경우 일단 한번 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되면 사망 시까지 영구히 보관되는데 삭제할 수 있는 다른 사유나 방법을 열어두지 않고 있다. 디엔에이 감식 방법과 목적 이외 사용 등의 규제를 담고 있지 않기 때문에, 디엔에이 감식을 이유로 다양한 유전자검사를 할 수 있는 가능성을 차단하는 조항을 두지 않고 있다는 점도 문제이다. 디엔에이 정보 유출 등의 피해에 대한 구제 방법이나 절차도 명시하지 않고 있기 때문에 개인정보보호법과 생명윤리법⁵⁰⁾ 등에서 보호하는 인체유래물의 개인정

49) 엄주희, 유전자 프라이버시와 적법절차 - 현재 2018.8.30. 2016헌마344에 대한 평석, 저스티스 통권 제173호, 2019.8, 453면.

50) 유전자검사는 대통령령이 정하는 종류의 유전자검사만이 허용되고, 의료기관이

보로서의 일반 보호 원리에 부합하지 않는 면이 있다.

Ⅳ. 조직법적·절차법적 지도 원리

보건의료법학의 체계와 절차를 규율하고 있는 원리를 다음에서 살펴본다. 보건의료 관련한 조직법적 측면에서 그리고 규범의 보장 체계와 권리구제를 위한 절차적인 측면에서 관통하는 원리로 체계 정당성, 사안의 적합성과 법률유보, 보충성의 원리를 본다.

1. 체계정당성

체계정당성은 법규범 상호간에 내용과 규범구조가 서로 상치되거나 모순되지 않아야 한다는 원리로서, 동일한 사안에 대해서는 입법, 행정, 사법의 모든 영역과 모든 법체계에서 동일한 가치 기준을 적용해야 한다. 입법목적의 차이점이나 사안별로 특수성, 관계성을 고려하여 합리적인 근거가 있으면 기준을 달리 적용해도 정당화될 수는 있다.⁵¹⁾ 보건의료 영역의 각 법률들도 이러한 체계 정당

아닌 유전자검사기관의 경우 유전자검사도 일정한 의료기관의 의뢰를 받은 경우 등으로 제한되어 있다. (생명윤리법 제50조) 유전자검사의 채취할 때는 유전자검사의 목적, 관리에 관한 사항, 동의 철회 등에 대해 서면동의를 받도록 하고 있고, (동법 제51조) 유전자검사 결과 획득 후 즉시 폐기하도록 하고 있다. (제53조 제3항) 인체유래물 연구를 포함하여 인간대상연구를 하려면 연구대상자 또는 인체유래물 기증자로부터 서면동의를 받아 서면동의를 받아 기관위원회의 심의를 거쳐 다른 연구자에게 제공할 수 있고(제16조 제1항, 제18조 제1항, 제37조 제1항), 동의서에 정한 기간이 지난 인체유래물은 폐기하도록 한다. (제39조 제1항) 연구대상자 또는 기증자로부터 개인정보나 인체유래물의 제3자 제공에 대해 서면동의를 받은 경우에도 익명화해서 제공하도록 하고 있다. (제18조 제2항, 제38조 제2항)

51) 현재 2004.11.25. 2002헌바 66.

성을 갖추어야 하고, 그렇지 못한 법률 조항들은 위헌으로 선언될 가능성이 높다. 의료기관 또는 의료인이 아닌 자가 의료에 관한 광고를 할 경우에 형사 처벌하도록 한 의료법 규정에 관한 위헌여부 판단 사건⁵²⁾, 의약분업의 예외를 인정하면서 의사로 하여금 조제를 직접 담당하도록 하는 규정과 관련하여 의료법과 약사법의 규정들 간의 체계를 검토했던 사건⁵³⁾, 의료인이 태아 성(性)감별을 목적으로 임부를 진찰·검사하거나 진찰·검사 과정에서 알게 된 태아의 성을 임부 등에게 고지하는 행위를 금지하고 처벌규정을 두던 의료법 조항의 헌법불합치 결정 사건⁵⁴⁾ 등에서 체계정당성이 다루어진바 있다. 낙태행위 방지를 위하여 형법의 낙태죄 규정 이외에 의료법의 태아의 성감별 금지 규정으로서 낙태죄의 실효성을 높이려고 한다는 입법 목적이 있었으나, 태아 성감별 행위가 낙태죄의 예비행위 내지 사전행위에 해당함에도 낙태죄에 비해 보다 엄격한 처벌규정을 두고 있었다는 점에서 체계정당성에 어긋난다는 문제가 지적되었다.⁵⁵⁾ 이 사건의 헌법불합치 결정 시에 2009년 12월 31일까지를 기한으로 새 입법이 마련될 때까지 해당 조항을 잠정 적용하도

52) 현재 2014.3.27. 2012헌바293 의료법 제56조 1항(의료법인, 의료기관 또는 의료인이 아닌 자는 의료 광고를 하지 못한다는 규정)에 관한 판단에서 청구인들은 한약업사에게 지급한 의료비도 소득세법상 의료비 공제 대상이 된다며 한약업자로 하여금 전면적으로 의료 광고를 할 수 없도록 하였으므로 체계정당성에 어긋난다고 주장하였으나, 소득세법과 의료법과 입법취지가 다르고 의료비의 지출행위를 대상으로 하는 소득세법 조항과 의료 광고 행위를 대상으로 하는 의료법의 규율대상도 다르기 때문에 법체계상 형평과 정당성이 어긋나지 않는다고 판시하였다.

53) 현재 2015.7.30. 2013헌바422

54) 헌법재판소 2008.7.31. 선고, 2004헌마1010, 2005헌바90(병합) 결정 등

55) 이백후, 앞의 논문, 111-114면 ; 형법 제269조 낙태죄는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금인데, 2004년 사건 당시 의료법 제19조의2 태아의 성감별행위 금지를 위반한 경우는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있었다.

록 하였고, 의료인의 태아성별고지를 허용하되 낙태로부터 태아의 생명을 보호하기 위하여 임신 후반기인 32주부터 태아성별고지가 가능하도록 의료법이 개정되었다.⁵⁶⁾

2. 사안의 적합성과 법률 유보

사안의 적합성은 법규범이 규율하고자 하는 사회현상과 사실관계를 보았을 때 그 사안에 적합한 입법인가 하는 것이다. 사회현실과 입법사안이 정확히 반영된 입법인가를 판단한다. 법과 현실이 괴리되면 법에 대한 불신이 초래되기 때문에, 오래된 관습에 반하는 입법은 실효성과 효용성이 없다는 현실적인 면을 감안해서 사안의 적합성에 대한 검토가 필요하다.⁵⁷⁾ 규율하고자 하는 사회현실과 현상이 법 규범에 정확하게 반영이 되어, 입법 후에 평균인이 준수할 수 있는 정도의 내용이 되어야 한다. 해당 보건의료 사안이 법률로서 규율하기 적합한 사안인지 여부는 각종 관행과 사회적 관계들, 기술의 발달 등을 종합적으로 검토하여야 한다. 국민의 기본권에 제한이 가해질 수 있는 입법일 경우 그 입법의 내용이 목적을 달성하기에 적합한 수단인가를 판단해보아야 한다.

법률로 규율할 만한 적합한 사안인지에 대해서 판단함에 있어서, 국민의 기본권과 밀접하고 중대한 사항일 경우, 즉 기본권에 중대한 제약이나 침해가 가져올 수 있는 사안이라면 반드시 국민적 정당성을 가진 법률에 근거가 있어야 한다. 이것이 이른바 법률 유보의 원칙이다. 보건의료에 관한 법률들은 국민의 생명권, 보건에 관

56) 의료법 제20조 제2항 의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.

57) 홍완식, 입법의 원칙에 관한 연구, 법제처, 법제, 2006, 84면.

한 권리 등 기본권을 보장하기 위한 입법 취지를 가지고 있지만, 동시에 상당 부분이 국민의 기본권의 제약 요소를 가지고 있기 때문에 반드시 법률로서 규율해야만 하는 사안인지에 대해서 판단할 필요가 있다. 법률 유보의 원칙은 기본권을 제한하기 위해서는 법률에 근거가 있어야 한다는 헌법 제37조 2항의 이념을 반영한 것이다. 헌법 제37조 2항으로부터, 앞서 기술한 과잉금지의 원칙이 도출되는데, 이 과잉금지의 원칙의 하나인 입법 목적의 정당성은 법률 유보 원칙으로 설명할 수 있다. 법률유보는 국민의 대표기관인 국회만이 국민을 구속하는 규범인 법률을 만들 수 있다는 것을 전제로 하여 법률이라는 명칭을 가진 국가의 의사만이 국민을 구속한다는 ‘법률의 법규창조력’, 국가의 행정이 합헌적 절차에 따라 제정된 법률에 위반되어서는 안 된다는 ‘법률 우위의 원칙’과 더불어 행정이 법률에 구속되어야 하는 근거를 제시한다.⁵⁸⁾ 보건의료 행정도 합헌적 법률에 근거하여 발동하여야 하고, 보건의료 행정의 일환으로 행정입법이 만들어질 때에도 국회에서 제정된 법률에 정당한 위임을 받아야 한다. 보건의료 행정을 관할하는 행정조직도 국회에서 제정된 법률로서 정해져야 하는데, 이는 행정기관의 설치·운영·권한이 국민생활에 지대한 영향을 미치고, 일반국민에게 상당한 경제적 부담을 주게 되기 때문에 행정 조직의 문제가 국가의 형성유지에 중요한 사항이 되기 때문이다.⁵⁹⁾

3. 보충성의 원리

보충성의 원리는 하위단위에서 해결할 수 있는 사안을 상부단위

58) 홍정선, 행정법 특강 제12판, 박영사, 2013, 19-20면.

59) 홍정선, 앞의 책, 862-863면, 행정조직 법정주의를 의미한다.

가 간섭하지 않도록 하고, 개인이나 사회의 자정 작용으로 해결할 수 있는 과제영역을 국가나 공동체의 활동으로 삼아서는 안 된다는 원리이다. 즉 사회규범을 지나치게 법규범으로 전환하는 것이 바람직하지 않다는 법 원리이다. 헌법소원의 보충성, 형벌권행사에 있어서의 보충성 원리, 사회보장법에서 보충성의 원리 등 헌법, 형법, 사회보장법 등 영역에서 널리 적용되는 원칙으로서 도덕, 윤리, 사회복지 등과 같이 자율적인 면이 허용될 수 있거나 자활의 노력이 최대한 필요한 과제영역에서 국가의 간섭보다는 사회 운영에 맡겨 두려는 경향으로 국가와 사회 사이의 역할분담을 배분하는 기능을 하게 된다.⁶⁰⁾ 최근 낙태죄 규정에 관한 헌법불합치 결정에서도 자기낙태죄와 의사낙태죄 조항에 대해 위헌적 요소가 있다는 점을 인정하면서 임신 유지와 낙태 사이에서 갈등하는 임부를 전면적·일률적으로 처벌하는 형벌 조항에 의한 제재보다는 다양하고 광범위한 갈등 상황을 포섭하여 임부의 자기결정권과 조화를 이룰 수 있는 입법 개선을 촉구하고 있다,⁶¹⁾ 이는 형법정책적으로는 실효성 없는 형벌 조항에 대한 비범죄화로의 개선 촉구로 볼 수 있고, 헌법상 보충성의 원리와 사법적 자제로도 설명할 수 있다. 이와 같이 보건 의료 영역에서 가급적 형벌 보다는 다른 제재 수단을 사용하는 입법을 하도록 하는 것이라든지⁶²⁾, 행정입법 등으로 기본권 침해가 직접적으로 발생하면서도 헌법소원 심판청구 이외에 다른 권리구

60) 홍완식, 헌법과 사회보장법에서의 보충성의 원리, 공법연구 제28권 제4호 제2권, 2000, 187-188면.

61) 현재 2019.4.11. 2017헌바127. 형법 제269조 제1항 등 위헌소원.

62) 예컨대 독일의 낙태죄 입법의 경우에 낙태를 금지하는 제재 수단으로서 원칙적으로는 형사처벌 규정을 두되, 일정한 임신주수에는(예컨대 10주, 12주 등) 절차적 정당화 사유를 두는 입법의 경우에서도 보충성의 원리가 적용되었다고 설명할 수 있다.

제절차가 없을 경우 헌법소원 심판청구를 적법한 것으로 인정하는 등에서 보충성의 원리가 적용될 수 있다.

V. 결 론

이상으로 보건의료법학의 기본권적 내용과 지도 원리의 내용적 측면과 형식적 측면을 살펴보았다. 보건의료법학을 관통하는 헌법의 거시적인 원리와 기본권과의 상관성을 탐구함으로써, 보건의료법학의 숲 속으로 들어가 헌법적, 법적 쟁점들을 찾는데 있어 나침반이 되도록 하였다. 향후 새롭게 등장하는 보건의료 관련 이슈들과 법령을 해석하는데 있어서도, 본고에서 다룬 기본권과 실체적, 조직법적·절차법적 쟁점을 통해 바라보면서 각 사안들을 헌법적 시각으로 조명하는데 필요한 힌트를 얻을 수 있기를 바란다.

참 고 문 헌

- 김명수, “보건의료법제에서 포괄적 위임금지원칙에 관한 고찰”, 세계헌법연구 제20권 1호, 2014, 41-43면.
- 석희태, “환자의 모를 권리와 의사의 배려의무”, 의료법학 제19권 제1호, 2018.
- 성낙인, 헌법학 제13판, 법문사, 2013.
- 엄주희, “환자의 생명 종결 결정에 관한 헌법적 고찰 - 한국과 미국의 헌법 판례를 중심으로”, 헌법판례연구 14, 2013.
- _____, “미성년자의 연명의료 결정에 관한 소고: 미국에서의 논의를 중심으로”, 법학논총 제41집, 2018년 5월.
- _____, 김명희, “호스피스 완화의료와 의사조력자살 간 경계에 관한 규범적 고찰”, 법학연구 제28권 제2호, 2018, 22면.
- _____, “대만 환자 자주 권리법에 대한 연구”, 법학논고 제64집, 2019.
- _____, “유전자 프라이버시와 적법절차 - 현재 2018.8.30. 2016헌마344에 대한 평석”, 저스티스 통권 제173호, 2019.8.
- _____, 양지현, “낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명”, 성균관법학 제30권 제4호, 2018.
- _____, “영아의 생명권을 위한 규범적 고찰 - 베이비박스에 관한 영아유기 문제를 중심으로”, 서울법학 제23권 제3호, 2016.
- _____, “뇌신경윤리에 관한 법제 연구”, 법제처, 법제 통권 683호, 2018.
- _____, “혼돈에 빠진 평등론에 관한 토론문”, 제11회 한국법률가대회, 2018. 10월.
- _____, “생명권의 헌법적 근거와 연명치료중단에서의 생명권의 보호범위”, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013.
- 유호중, “유전정보의 모를 권리’의 윤리적 법적 근거와 실현 방법”, 한국의료법학회지 22(1), 2014.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 17(2), 2014.
- 이백휴, “의료법상 태아 성감별 및 고지 금지 규정에 대한 검토”, 한국의료

- 법학회지 제18권 2호, 2010.
- 이재훈, “데이터 3법 개정에 따른 바이오 의료정보 활용방향과 시사점”, 한국생명공학연구원 생명공학정책연구센터, 2020 Vol.71.
- 장철준, “의료행위와 기본권: 헌법 해석적 접근”, 의료법학 제15권 제1호, 2014’ 12-14면.
- 전광석, 한국헌법론 제14판, 집현재, 2019.
- 허종렬, 엄주희, 박진완, “헌법상 기본권 개정안 논의동향과 성과 검토-2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로”, 법학논고 제63집, 2018.
- 홍완식, “입법의 원칙에 관한 연구”, 법제처, 법제, 2006.
- , “헌법과 사회보장법에서의 보충성의 원리”, 공법연구 제28권 제4호 제2권, 2000.
- 홍정선, 행정법 특강, 박영사, 2013.
- Bartha Maria Knoppers, From the Right to Know to the Right Not to know, 42 *J.L. Med. & Ethics* 6, 2014.
- Jonathan hsrring, Charles Foster, “Please Don’t Tell me”-The Right Not to know, 21 *Cambridge Q. Healthcare Ethics* 20, 2012.

<Abstract>

Intersection of Health Law and Constitutional law

— Health Law from the Constitutional Perspective —

Juhee Eom*

Health law can be said to be the normative structure related to health care within the domain of normative health care and within the national legal system. Since health law is a branch of law as a specialized law area, it is possible to identify the fundamental purpose and principles of the basic framework and norms when encountering the Constitution, the highest legal norm and normative value standard of the country. Health law is also an area of public law that creates a social system to guarantee human rights for life, health and safety of the people. In health law, the ultimate goal is to guarantee the fundamental rights of the people, and the basic rights it aims for start from human dignity and values and include the right to life, self-determination, the right to know and not know, the right to health, the secret and freedom of privacy, right to self-determination of personal information, freedom of body, right to choose occupation and property rights etc. How the practice of constitutional principles works in health law is clearly understood by the constitutional court case, and needs to be examined through specific issues in the area of health care.

Therefore, in this paper, the contents of the basic rights related to health law were summarized, and the contents of health law were explored in the constitutional basic rights order through the judgment points and issues that judged whether specific issues and legal provisions violate the constitutional order. First of all, substantive guiding principle was explored

* Yonsei University Asian Institute for Bioethics and Health law, Ph.D

such as the contents of the principle of equality, the principle of proportion, the principle of preventing under-protection, the principle of trust protection, and the principle of due process, which are identified as normative guiding principles in the field of health care. In addition, as the normative guiding principles that function systematically and procedurally, the application in health-related cases was examined with the principles of system legitimacy, suitability and subsidiarity. These guiding principles are the rights that apply at all times when public power is exercised in the area of legislative, administrative, and judicial health. Thus, by exploring the application of the fundamental rights of the Constitution, substantive organizational laws and procedural principles to the health care sector and health law, it provides compasses and insights for constitutional outlook on new issues emerging in the health care sector and health law.

Key Words : Health law, Healthcare, Constitution, Constitutional law, Basic Rights, Health Rights, Principle of proportion, System legitimacy, Trust Protection

