

法學博士 學位論文

WTO/GATS 下的 保健醫療서비스의
法的 問題

The Legal Issues of the Health and Medical Service
under WTO/GATS

指導教授 崔 洪 培

2004年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科 鄭 東 振

本 論文을 鄭東振의 法學博士 學位論文으로 認准함

委員長： (印)

委 員： (印)

委 員： (印)

委 員： (印)

委 員： (印)

2003年 12月 26日

韓國海洋大學校 大學院

<目 次>

第1章 序 論	1
第1節 研究目的 및 範圍	1
第2節 研究方法	6
第2章 WTO/GATS상의 貿易 規範과 保健醫療	9
第1節 서비스 貿易의 意義	9
1. 서비스의 定意	9
2. WTO/GATS상 서비스무역의 定意	10
第2節 WTO/GATS 상의 貿易原則	11
1. GATS의 一般原則	12
2. 서비스貿易協定の 主要規定	20
第3節 GATS 國內規制 作業班 論議現況과 爭點	43
1. 國內規制의 必要性 審査	43
2. 國內規制의 透明性 問題	48
3. 國內規制의 同等性	50
4. 國際的 標準	51
第4節 WTO/GATS와 保健醫療서비스의 關係	52
1. 保健醫療서비스 定意	52
2. 保健醫療서비스의 分類	54

3. 保健醫療서비스 讓許 現況 및 論議動向	57
4. 보건의료서비스 貿易去來 自由化 對象	61
5. WTO/GATS와 保健醫療서비스의 關係	64
第3章 保健醫療서비스 自由化的 國際法的 問題	66
第1節 自然人的 移動에 의한 서비스 供給	66
1. 問題의 所在	66
2. 自然人 移動의 意義	69
3. 專門職의 內國民待遇	70
4. 資格의 相互認定問題	70
5. 資格의 認定 方法	72
6. 外國의 醫師 資格制度	73
7. 小結	79
第2節 保健醫療서비스의 國境間 供給의 法的 問題	80
1. 概要 및 問題提起	80
2. 遠隔醫療의 意義	84
3. 遠隔醫療의 立法 動向	89
4. 遠隔醫療에서 法的 問題	95
5. 遠隔醫療行爲時 過誤에 대한 裁判管轄權과 準據法	112
6. 小結	123
第3節 醫療消費者的 海外 移動	125
1. 消費者的 海外移動의 意義	125
2. 患者의 移動	126

3. 保健教育을 위한 移動	129
4. 消費者의 海外移動 관련 法的問題	131
5. 小結	133
第4節 商業的 駐在을 통한 서비스의 法的問題	133
1. 商業的 駐在의 의미	133
2. 保健醫療서비스에서 商業的 駐在의 類型	134
3. GATS 委員會 報告	138
4. 外國의 醫療機關 設立 形態	140
5. 小結	142
第4章 保健醫療 서비스의 國內法的 問題	144
第1節 概要	144
第2節 保健醫療서비스의 國境間 供給 問題	146
1. 遠隔醫療에 대한 國內法的 檢討	146
2. 遠隔醫療에서 法的 問題	151
第3節 醫療消費者의 海外移動에 대한 法的 問題	167
1. 意義 및 現況	167
2. 國內 關聯法規의 問題	168
3. 檢討	170
第4節 保健醫療서비스의 商業的 駐在의 法的 問題	171
1. 概要	171
2. 醫療機關의 定義	173
3. 醫療機關 設立 主體	174

4. 醫療保險法の 醫療機關에 대한 規制	177
5. 關聯 國內法 檢討	179
第5節 自然人的 移動에 의한 國內法的 問題	183
1. 免許取得과 資格要件	183
2. 醫療免許에 의한 醫療行爲	184
3. 無免許醫療行爲등 禁止	184
4. 專門 人力의 移動	185
5. 外國人에 대한 制限	186
6. 醫療人力의 國內外 進出入 許容의 爭點	186
第5章 結 論	189
參考文獻	194

<표 차례>

<표 1> UN CPC 1개 대분류기준 양허현황	57
<표 2> UR협상당시 양허현황	58
<표 3-1> 보건의료서비스분야 양허현황	203
<표 3-2> 보건의료서비스분야 양허현황	204

Abstract

The Legal Issues of the Health and Medical Service under WTO/GATS

Jung, Dong-Jin

Department of Maritime Law

The Graduate School of

Korea Maritime University

Busan, Korea

For health services, there has been slow progress in the trade among countries owing to restricting the movement of natural persons, limiting commercial presence of foreign health institute, and technical barrier against cross-border supply. However, there are also lots of trials for enhancing the health services through extended opening health service markets with positively changing approaches toward the health services among nations. To achieve the goal for the better health services internationally, it is necessary to promote market access and regulation measure in terms of market principles. Therefore, in this paper, international law issues and domestic law issues on the view of opening health service market is discussed in the WTO/GATS' ideas.

First, this paper reviews most-favored-nation treatment, transparency, domestic regulation and recognition as well as market access and national treatment as a concrete promised article as basic WTO/GATS general article for international trade.

To show this point, it suggests the current domestic arguments on

GATS regulations and analyzes the relations between WTO/GATS and health services as well as freedom of health service among nations.

Second, on the basis of the general review, this paper also discusses the issue on laws of the telemedicine services with cross-border supply crossing over nations. It also covers and analyzes the issues on qualified telemedicine service professionals, the responsibility of malpractice, personal privacy and personal information protection in the electronic communication system, the legally effective prescription and international law and jurisdiction with malpractice.

Third, this paper deals with consumption abroad in terms of health service cost. This issue is related to domestic health service for foreigners and health insurance and the authoritative institute of the responsibility. These regulations enforce to control service trade business directly and indirectly.

Forth, the commercial presence has been discussed for health service: for establishing foreign enterprise branch and joint investments, foreign investment laws, and foreign currency laws for covering management and business for health service. According to these regulations, this paper views permissions, licence, register, opening business for health service practice, especially foreigners' domestic practice with high legal barriers against opening health service center.

Fifth, the issue on movement of natural persons has been discussed : professional legal qualifications for the health service, though highly professional licences, such as lawyers, cpa, engineers and medical doctors, are not easily effective to other countries. This paper discusses the process of foreigner's acquiring health service licence, mutual recognition for health service qualification and health service legal barrier at foreign countries.

Finally, this paper discussed alternative ideas, mutual recognition agreements through bilateral and multilateral negotiations, such as for movement of natural persons and professional legal qualification. These

recognitions will not be accepted without agreement and equality of education periods to achieve their licences. However, the movement of natural persons also should be issued with the financial laws through international institutes.

There have been lots of issues on the international telemedicine services, such as qualified telemedicine service professionals, the responsibility of malpractice, leaving to WHO/GATS treatments as well as supplementing domestic telemedicine service regulation laws.

For the problem to health service users, it is dependent upon being covered by public health insurance. In the days of international health services among nations, the coverage of public health insurance should be revised for the proper utility for the users.

To be easy to access the long distant and foreign health services, opening procedure, establishing health service center, and investment policy as well as financial laws must be clear and neat to the related people.

key words : WTO, GAT, Telemedicine, cross-border supply, health services, most-favored-nation treatment, commercial presence, movement of natural persons

第1章 序 論

第1節 研究目的 및 範圍

1995년 WTO체제가 발족한 이후 국제교역질서가 WTO규범하의 새로운 체제로 재편되고, 2001년 WTO각료회의에서 WTO도하개발아젠다협상(Doha Development Agenda : DDA)을 진행하기로 결정함에 따라, 서비스 전 분야에 걸쳐 시장개방논의가 활발하게 논의되고 있다. 이러한 시장개방에 관한 논의는 서비스분야의 전문위원회별로 진행되고 있다. WTO협정에 의하면, 일반이사회에 보고하는 하위기구들은 서로 다른 그룹으로 구분된다.

WTO업무의 핵심부분을 담당하는 가장 중요한 그룹은 상품무역협정, 서비스무역협정 그리고 무역관련 지적재산권협정에 의하여 모든 회원국이 수락하는 의무와 관련되는 업무를 담당하는 3개의 이사회(Councils)이다. 일반이사회에 보고하는 두번째 하위기구 그룹의 상설기구로서 WTO협정에 규정된 것은 무역개발위원회(Committee on Trade and Development), 국제수지제한위원회(Committee on Balance-of-Payments Restrictions) 그리고 예산재정행정위원회(Committee on Budget, Finance and Administration)로 구성된다. 이 3개 위원회는 GATT에 의해서도 설치되었지만, 그 차이는 크게 확대된 WTO의 책무에 대응해야하는 다양한 기능을 담당하는 기구들이다. 세번째 그룹은 복수국 무역협정에 의하여 설립된 기구를 포함하고 있다. 이들 협정은 1970년대 도쿄라운드 기간 중에 협상된 중전의 협정을 승계하였으며, 모든 WTO 회원국에 적용되지 않는다. 이들 기구는 민간항공기위원회(Committee on Civil Aircraft) 및 정부조달위원회(Committee on

Government Procurement)로서, 엄격히 볼 때 일반이사회 산하기구는 아니다. 하지만, WTO의 제도적 체제 내에서 운영되고 활동상황을 일반이사회에 정기적으로 통보하여야 한다.¹⁾

WTO협정 일반이사회에 보고하는 중요한 3개의 하위 이사회는 상품무역이사회(Council for Trade in Goods), 서비스무역이사회(Council for Trade in Services), 그리고 지적재산권의 무역관련 이사회((Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : Council for TRIPS)이다. 이 중의 서비스무역이사회는 서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services : GATS)을 관리한다.²⁾

상품분야의 세계무역은 과거 GATT체제 아래에서 점진적으로 무역자유화를 추진하여 개방이 많이 진전된데 비하여 서비스무역 부문은 전통적으로 비교역제로 인식하여 개방에 큰 진전이 없었다. 현재는 서비스가 세계무역의 3대 축으로 인식됨으로서 서비스분야의 개방은 무역협상에서 새롭게 쟁점으로 부각되어 DDA협상을 통하여 논의되고 있다.

1970년대 들어와서야 비로소 국제무역에서 서비스가 무역개념으로 파악되고 국제교역의 자유화문제가 제기되기 시작하였다. 1972년 OECD 각료회의시 산업구조변화, 동경라운드 준비 등을 위하여 장기무역전망을 검토하고 고위그룹을 설치하였다. 이 그룹의 보고서인 “무역 및 무역관련 문제에 관한 고위수준그룹에 의한 보고서(1973)”³⁾에서 ‘서비스무역’(Trade in Services)이라는 용어가 명시적으로 도입되어 서비스거래가 무역으로 취급될 수 있으며, 상품무역의 원칙과 규범이 적용가능하다는 커다란 인식의 전환을 가져왔다.⁴⁾

1) WTO협정 제4조 8항. 복수국간무역협정에 규정된 기구는 동 협정에 의하여 자신에게 부여되는 기능을 수행하며, 세계무역기구의 제도적인 틀 안에서 운용된다. 이들 기구는 일반이사회에 자신의 활동상황을 정기적으로 통보한다.

2) WTO 사무국 역음·김의수 옮김, 우루과이라운드협정의 이해(Guide to the Uruguay Round Agreements), 대외경제정책연구원, 2000, p. 10.

3) OECD, “Report by the High Level Group on Trade and Trade-related Problems”, 1973.

4) Williams J. Drake and Kalypso Nicolaidis, “Ideas, Interests and Institutionalization : Trade in Services and the Uruguay Round”, International Organization 46.1, 1992, 겨울호.

서비스산업은 세계 전체 GDP의 60% 이상을 차지하고 있고, 국제경제적인 면에서 서비스산업은 중요한 역할을 하고 있다. UR협상이 타결되기 이전까지만 해도 상품무역에 관한 규범으로서 GATT규범이 세계경제의 모범(母法)으로 역할을 하여 왔다. 1994년 UR협상이 타결되면서 서비스분야의 국제무역을 다루는 「서비스무역에 관한 일반협정(GATS)」이 제정되어 WTO 출범과 함께 발효되었다.

서비스무역은 금융, 통신, 건설 등 다양한 유무형의 분야를 포함하기 때문에 그 범위를 정하기 어렵지만 그 정의가 반드시 불가능한 것은 아니다.⁵⁾ 그러나 GATS에서는 서비스에 대한 정의를 내리지 않고 정부의 기능에 의해서 공급되는 서비스⁶⁾를 제외하고는 모든 분야의 서비스무역에 영향을 미치는 모든 조치에 GATS가 적용된다⁷⁾는 포괄적 규정을 두고 있다.

서비스 협정대상은 서비스무역에 영향을 미치는 제반조치이며, 이들 조치에는 중앙·지역 또는 지방정부 뿐만 아니라 이들로부터 위임받은 비정부기관(non-governmental bodies)에 의해 취해진 것도 포함한다. 구체적인 협정대상 분야로서 UNCP(United Nations Central Provisional Product Classification)분류에 따르면, 사업, 커뮤니케이션, 건설, 유통, 교육, 환경, 금융, 보건·사회, 관광, 오락·문화, 스포츠, 운송, 기타서비스 등 12개 분야(sector)로 대별된다. 세부 업종별(sub-sector)로는 전문직(법률, 회계, 세무, 건축, 엔지니어링, 통합엔지니어링, 도시계획·조경, 의료·치의료, 수의료, 조산·간호 등), 컴퓨터, 연구개발, 부동산, 임대, 광고, 경영컨설팅, 우편, 쿠리어(Courier), 통신, 시청각, 보험, 은행, 병원, 호텔, 관광안내, 해운, 항공, 철도운송, 도로운송, 에너지서비스 등 155개에 달한다.

保健醫療서비스를 비롯한 여러 분야에서, 서비스무역을 제한하는 정보제공을 양허된 서비스부분에만 한정하는 것은 GATS에서 양허되지 않은 서

5) Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade(Ch. 9 Trade in Service)*, London & New York: Routledge, 1995, pp. 219-221.

6) 서철원, “WTO의 서비스 무역에 관한 일반협정의 평가”, 서울국제법연구 3권 2호, 1996, p. 116.

7) GATS 제1조 1항 및 4항.

비스무역을 저해하기 때문에 개선이 필요한 부분이다. 서비스무역을 하는데 있어 시장이 개방되어 있지 않다는 것도 문제이지만 서비스무역에 영향을 미치는 각국의 법제가 다양하고 복잡하여 정확한 사업계획을 수립하기 힘들다는 것도 중요한 장애이다.⁸⁾

이들 분야 중에서 보건의료서비스는 전문직과 환자의 이동을 저해하는 규제 및 제한, 외국의료기관의 商業的 駐在를 제한하는 制度的 制約(독점 등), 국경간 공급이 불가능한 技術的 障壁 등의 要因으로 인하여 국가간 무역이 부진하였다. 그러나 최근 많은 국가들이 국내외 민간 기관에게 보건의료서비스시장의 개방을 확대하는 보다 시장지향적인 방향으로의 전환을 시도하고 있고, 몇몇 서비스는 국가간 전자적으로 전송이 가능하게끔 기술발전이 이루어지는 등 무역환경이 변화하고 있다.⁹⁾ 변화된 무역환경에 따라서 국가간의 무역이 원만하게 이루어지기 위해서는 각국의 시장접근과 규제조치가 보다 더 시장지향적일 필요가 있다.

따라서 본 논문에서는 보건의료서비스에 대하여 다음과 같이 주제별로 설명하고 법률적인 분석을 이루어 내고자 한다. 첫째, GATS규정의 일반조항으로서 최혜국대우, 투명성, 국내규제와 인정 그리고 구체적 약속조항으로서 시장접근, 내국민대우 등의 조항을 검토하고, 이러한 검토를 바탕으로 하여, 보건의료서비스분야에서 서비스의 국경 간 이동의 한 형태인 원격 의료, 원격 진료에 따른 전자적 전송서비스에 대한 관세, 프라이버시 및 공중윤리의 보호 및 부정행위의 예방, 의료사고시의 책임문제, 의료사고시 國際法的 측면에서 裁判管轄權 問題, 外國 病院의 斡旋·紹介 등에 대한 法的問題 등에 대하여 연구하고자 한다.

둘째, 消費者의 海外移動에 관한 문제이다. 이는 국내 거주자가 외국에서 保健醫療 서비스를 받을 때 발생하는 거래로서, 내국인이 외국에 나가 시술함으로써 지출되는 의료비용 등이 이에 해당한다. 외환관리법규에 의한 해

8) Pierre Sauve, "Assessing the General Agreement on Trade in Services Half-Full or Half-Empty?", v.29 Journal of World Trade 125, 1995, p. 132.

9) 김준동, "WTO 보건의료서비스의 양허현황 및 규제 이슈", 대한병원협회, 2002, p. 24.

외여행경비 제한, 여권법 등 개별법령에 의한 관광객의 출국제한, 관광객의 출국시 일정액의 세금징수조치 등이 자유화 협상 대상이 된다. 이러한 규제 조치는 대부분 서비스교역을 직·간접적으로 제한하는 효과를 갖는다.¹⁰⁾ 또한 의료보험 적용여부, 의료 사고시 책임과 관할권 문제가 대두될 수 있다.

셋째, 서비스산업의 상업적 주제에 관한 문제이다. 이 문제와 관련하여서는 외국기업의 자회사설립, 합작투자, 지사·대표사무소 설립 등에 관하여 서비스분야별 구분 없이 공통적으로 운영하는 법으로서 외국인 투자 관계법규 및 외환관리 관련법규 등이 논의의 대상이 된다. 이러한 관련 법규들에 따라 개별산업에 따른 각종 인·허가, 면허, 등록, 신고 등 신규사업개시에 관한 규제와 각종 영업활동에 관한 규제를 실시되고 있는데, 이러한 규제들은 대부분 내·외국인에게 공히 적용되며 각 분야별 개별법령에 기초하고 있다. 특히 외국의료기관의 국내병원 설립, 국내병원 설립요건, 규제사항 등이 보건의료서비스무역의 장애가 되고 있다.

넷째, 자연인 주제를 통한 서비스공급에 관한 문제이다. 서비스공급인력의 주제에 관해서는 출입국관련법규, 고용·근로관계법규, 서비스분야별 개별법령 등에서 구체적으로 규정되어 있다. 각국의 서비스분야별 개별법령 중 서비스 공급인력의 주제와 관련되는 부분은 주로 전문직업인의 자격에 관한 규제라고 할 수 있다. 어느 국가든지 전문 직업군에 속하는 변호사, 회계사, 의사, 엔지니어 등과 같은 전문직은 아무나 종사할 수 있는 것은 아니며, 전문적인 서비스를 공급하기 위해서는 해당 국가가 인정하는 자격을 취득한 자만이 이러한 전문적인 서비스를 제공할 수 있다. 이에 대해 보건의료서비스의 전문직 자격취득요건과 절차, 자격의 상호인정문제, 저질의 외국 의료진의 국내진입의 문제, 국내 의료진의 외국진출을 위한 각국의 규제장벽 등이 문제가 된다. 또한 외국의 서비스공급이 자유화됨으로서, 국내 의료인의 외국의료인에 대한 역차별, 외국의료진의 내국민 대우문제, 외국 자본이 국내 의료기관을 설립하여 외국에서 교육받은 내국민 의사를 고용하는 문제와 외국의료진의 연구원 형태의 채용 등이 문제가 될 수 있다.

10) 한철수, 서비스산업 개방과 WTO, 다산출판사, 1994, p. 80.

따라서 본 논문의 연구범위는 보건의료서비스와 관련된 WTO/GATS 상의 필요한 규정에 대한 논의로 제한한다. 보건의료서비스분야는 의료기기, 제약, 의료업 등으로 분류되고, 본 연구에서는 보건의료서비스의 의료업을 중심으로 그에 관련된 문제와 함께 GATS상의 서비스무역 공급형태별로 보건의료시장 개방 쟁점에서 나타나는 국제법적 문제와 국내법규의 적정성 등을 중심으로 논의하고자 한다.

먼저 서비스의 국경 간 이동에서 원격의료와 관련하여 논의하고, 이에 따라 발생하는 법적 문제점들을 논의할 것이다. 다음으로 의료소비자의 해외 이동에 대해서, 세번째로 보건의료기관 설립과 투자·자본이동에 대해서, 네번째로 자연인의 이동문제로서, 의료인¹¹⁾의 국내외 활동과 자국의 자격에 대한 상호인정문제에 대해서 논의할 것이다.

第2節 研究方法

본 논문에서 문제의 핵심은 보건의료 서비스분야의 교역형태에 따라 국가간의 규제제도가 다르다는데 있다. 이러한 규제제도를 WTO/GATS에서는 어떤 형태로 조화시켜 나가며, 교역형태에 따라 교역상의 국내외적인 法的 問題가 존재하는가의 여부를 파악하는 것이 필요하다. 보건의료서비스 교역형태의 유형으로서, 서비스의 국경간 이동형태인 원격의료에서 발생할 수 있는 법적 문제, 서비스의 해외소비에서 의료보험 적용상의 문제, 서비스의 상업적 주체에서 병원운영이나 경영 분야, 건강보험, 교육 분야, 특별한 목적에 근거한 경우 등에 의한 의료기관이나 자회사를 설립할 때 投資

11) 의료업에 종사하는 인력은 다양한 직종으로 구성되어 있다. 이들 인력 가운데 의사인력을 중심으로 전개하고자 한다.

資本의 이동, 혹은 이들 운영을 통한 과실 송금의 문제, 자연인의 이동에서 의료인의 국내외 활동과 각국의 자격에 대한 상호인정문제 등은 DDA讓許協商過程에서 논의되고 해결되어야 할 문제들이다.

이러한 문제를 논의하는데 있어서, WTO와 OECD의 관련위원회 문서나 세계 각국 및 國內法規 제도에 관하여 외교통상부 및 국내외의 各種 文獻과 인터넷 자료를 이용하여 조사·분석 고찰하였다.

이를 기초로 하여 본 논문은 다음과 같이 구성하였다.

第1章에서는 이 논문의 연구 목적과 범위를 서술하고, 이를 이루기 위한 연구방법을 서술하였다.

第2章에서는 보건의료서비스와 관련한 WTO/GATS상의 기본적인 무역 규범과 GATS국내규제 작업반 논의 현황과 爭點을 논의하고, 보건의료서비스 自由化에 대한 國際的인 論議動向으로 自由化 對象 및 WTO/GATS와 보건의료서비스와의 관계를 분석하였다.

第3章에서는 보건의료서비스 자유화의 국제법적 문제로서 보건의료서비스의 국경간 공급에서 법적문제와 관련하여 원격의료의 유형과 해외입법 動向에 대해 논의할 것이다. 다음은 의료소비자의 해외이동에 대한 문제로서, 국내의료보험의 외국에서 적용여부, 의료사고시 책임과 관할권 문제에 대해 고찰한다. 그 다음으로 상업적 주제를 통한 법적 문제로서, 병원운영과 경영분야, 보건보험분야, 보건의료교육에서의 상업적주제에 대한 각국의 의료기관 설립규정과 규제장벽, 국제투자관련 협정을 논의하고 자본의 이동과 과실송금에 대한 문제를 고찰하고자 한다. 마지막으로 자연인의 이동에 의한 서비스 공급의 법적문제로서, 보건의료서비스의 전문직 자격요건과 절차, 자격의 상호인정문제, 자격의 인정방법, 외국의 의사자격제도를 논의하고, 또한 출입국관련법규, 고용·근로관계법규, 서비스분야별 개별법령을 검토할 것이다.

第4章에서는 보건의료서비스 자유화에 따른 국내법적인 문제로서, 먼저 우리나라 보건의료서비스의 현황을 서술할 것이다. 다음은 우리나라 보건의료법규와 관련하여 원격의료서비스에 따른 현행 법규상의 문제, 즉 원격의

료, 전자처방, 전자의무기록의 문제를 논의하고, 환자의 해외진료와 관련한 동향과 규제법규의 적정성을 논의하며, 외국의료기관의 국내 상업적주재와 관련하여 의료기관의 설립과 영업형태에 대한 규정을 검토할 것이다. 마지막으로 자연인의 이동과 관련하여 국내자격취득요건과 업무의 허용범위제도를 검토하고, 상호인정의 문제를 논의할 것이다.

第5章에서는 보건의료서비스의 국제법적인 부분과 국내법적인 문제를 종합하고, 그에 대한 대응방안에 대해 논의하며 결론을 맺고자 한다.

第2章 WTO/GATS상의 貿易 規範과 保健醫療

第1節 서비스 貿易의 意義

1. 서비스의 定意

서비스의 定意 및 서비스가 財貨와 구분되는 특징에 대해서는 학자들 간에 견해가 일치하지 않고 있으나, 대부분의 서비스 定意는 상품(goods)과 구분되는 서비스의 특징으로서 서비스의 無形性(Intangibility) 및 貯蓄不可能性を 강조하고 있다.¹²⁾ T.P.Hill은 그가 내린 서비스에 관한 정의에서, 상품을 “경제주체에 의한 占有 및 경제주체간의 移轉이 가능한 物的 對象”으로 정의한 반면, 서비스는 “경제주체의 경제활동에 의하여 他經濟主體 및 소유물의 상태를 변화시키는 행위”로 규정하고 있다. 따라서 서비스는 그 정의상 정의가 불가능하며 서비스 생산자와 수요자간의 근거리 접촉과 통신이 서비스거래의 불가결한 요소이다. 또 다른 서비스(service)의 정의는 “노동, 기술 또는 자문과 같이 인간의 노력형태인 무형의 상품(an intangible commodity in the form of human effort, such as labor, skill, or advice)”¹³⁾ 혹은 “시장에서 구매·판매되는 모든 무형적 제품”이나 “재화가 아닌 무형의 경제재의 생산활동”¹⁴⁾ 등으로 정의하고 있다.

12) 이상학, “우리나라 서비스 交易의 構造와 推移”, 대외경제정책연구원, 1991, p. 12.

13) *Black's Law Dictionary*, 7th ed.(1999), West Publishing Co., p. 1372.

서비스의 국제무역이 이루어지는 형태는 기능적으로 크게 2가지로 구분된다. 먼저 상품의 무역과 마찬가지로 어느 국가에서 다른 국가로 서비스가 이동됨으로써 서비스 무역이 이루어지는 경우와, 서비스의 국경이동이 곤란하여 서비스 輸出國 혹은 輸入國¹⁵⁾에서 서비스가 이루어지기 때문에 소비자가 보다 나은 서비스를 찾아 국경을 넘나드는 경우이다.

2. WTO/GATS상 서비스무역의 定義

서비스 貿易協定은 서비스무역에 영향을 미치는 모든 회원국의 ‘모든 措置’에 대해 적용된다(제1조 제1항). 여기에서 ‘措置(measures)’라 함은 법률, 규정, 규칙, 절차, 결정, 행정행위, 또는 기타 형태 등으로 회원국에 의해 취해지는 모든 조치를 의미한다(제28조 ㉔). 회원국의 措置에는 i) 서비스의 구매, 지불 또는 이용, ii) 서비스의 공급과 관련하여, 일반적으로 공중에게 제공되도록 회원국이 요구하는 서비스에 대한 접근과 이용, iii) 다른 회원국의 영역 내에서 서비스를 공급하기 위한 상업적 주체를 포함한 회원국의 사람의 주체를 포함한다(제28조 ㉕). 다만 정부의 권한을 행사함에 있어서 공급되는 서비스에는 서비스무역협정이 적용되지 아니한다(제1조 3항 ㉖). 또한 ‘회원국의 조치’에는 중앙·지역 또는 지방의 정부 및 기관뿐만 아니라 이들로부터 위임받은 비정부기관에 의해 취해진 조치도 포함되는데, 각국은 자국영역내의 지역, 지방정부 및 기관과 비정부기관의 준수를 보장하기 위하여 ‘합리적인 조치’를 취하여야 한다(제1조 3항㉗).

이처럼 ‘서비스무역협정’은 서비스무역에 영향을 미치는 모든 조치에 적용됨으로써 서비스의 범위를 최대한 포괄적으로 규정하고 있지만 서비스 자체에 대한 개념정의를 내리지 않고 있다.¹⁶⁾ 이에 대해 서비스협정은 서

14) 유진수, 우리나라 서비스산업의 생산성 변화와 생산성의 국제비교, 대외경제정책연구원, 1991, p.

15) 채육, 서비스교역과 세이프가드, 대외경제정책연구원, 1994, p. 13.

16) 민경휘 외, 서비스산업의 성장과 구조변화, 산업연구원 연구보고서 제92호, 1987, pp. 206-207.

서비스무역형태를 i) 국경간 공급(cross-border supply), ii) 해외소비(consumption abroad), iii) 상업적 주재(commercial presence), iv) 자연인의 주재(presence of natural persons) 등을 통한 서비스의 공급으로 네 가지로 분류·정의하였다(제1조 2항).

서비스의 공급(supply of service)은 서비스의 생산, 유통, 시장확대, 판매 및 배달을 포함한다(제28조 ⑥). 상업적 주재(commercial presence)는 서비스를 공급할 목적으로 회원국의 영토 내에서 i) 법인의 설립, 인수 또는 유지, ii) 지사나 대표사무소의 창설 또는 유지 등을 통한 모든 형태의 ‘영업적 또는 전문직업적 회사설립(business or professional establishment)’을 의미한다(제28조 ④).

서비스를 공급하거나 소비하는 人에는 自然人和 法人이 포함되며, 다른 회원국의 영주권을 갖고 있는 自然人也 ‘서비스무역협정’의 목적상 다른 회원국의 자연인으로 분류된다(제28조 ①, ⑫).

第2節 WTO/GATS 상의 貿易原則

GATS는 투명성 및 점진적 자유화의 원칙 하에서 무역을 확대하고 모든 무역당사국의 경제성장과 개발도상국의 경제발전을 증진시키는 수단으로서 서비스무역에 관한 다자간 규칙과 원칙체계를 확립하였다.¹⁶⁾ GATS는 그 適用對象을 “서비스무역에 영향을 미치는 회원국들의 제반조치(제1조 제1항)”로 규정하고 있다. GATS 제28조 (c)에서 ‘서비스무역에 영향을 미치는 會員國의 조치’에 대해서 (1) 서비스의 구매, 지불 또는 이용, (2) 서비스의 공급과 관련하여, 일반적으로 공중에 제공되도록 회원국이 요구하는 서비

16) 최승환, 국제경제법, 법영사, 1998, p. 322.

17) 최승환(주16), 상계서, p. 309.

스에 대한 접근과 이용, (3) 다른 회원국의 영토 내에서 서비스를 공급하기 위한, 상업적 주재를 포함한 회원국의 사람의 주재에 관한 조치를 포함한다고 정의하고 있다. 서비스분야는 구체적 약속과 관련해서는 회원국의 양허표에 명시되어 있는 서비스의 하나 또는 그 이상의 모든 업종, 그 이외의 경우, 서비스의 업종 모두를 포함하는 서비스분야 전체를 의미한다¹⁸⁾고 규정하고 있다. 아래에서는 GATS의 原則과 主要規定에 대하여 분석한다.

1. GATS의 一般原則

가. 最惠國 待遇原則

最惠國待遇原則(Most-Favoured Nation)이란 내국민대우의 원칙과 함께 WTO체제에서 가장 중요한 원칙이다. GATS 제2조 제1항에서도 “각 회원국이 특정서비스분야에 관하여 어느 회원국에게 부여한 대우보다 불리하지 아니한 대우를 다른 회원국가들에게 즉시, 그리고 무조건적으로 부여하여야 한다”라고 최혜국대우규정을 명시함으로써 최혜국대우원칙이 서비스무역의 가장 중요한 원칙임을 강조하고 있다. 여기서 최혜국 대우 원칙이 내국민대우원칙과 다른 점은 내국민대우원칙이 양허표에 명시된 한도에서만 적용되도록 소극적으로 규정되어 있는 한편(제17조 제1항), 최혜국대우원칙은 최혜국대우면제규정¹⁹⁾에 따라 이 원칙의 적용을 배제한다는 취지를 면제목록에 기재하지 않는 한 즉시, 그리고 무조건적으로 적용되도록 적극적으로 규정되어 있다는 점이다. 따라서 어떤 서비스분야에 있어서 다른 어느 한 나라에 개방을 한 사례가 있으면 동 서비스 분야가 자국의 양허표에 기재되지 않았다고 하더라도 똑같은 개방혜택이 모든 회원국에 제공되어야 하

18) GATS 제28조 e.

19) GATS 제2조의 면제에 관한 부속서, 제3조에서는 최혜국대우면제조항의 남용을 방지하기 위하여 면제기간이 5년이상인 경우에는 ‘WTO설립협정’의 발효이후 5년 이내에 서비스무역이사회의 검토를 받도록 하였고, 제6조에서는 면제기간은 원칙적으로 10년을 초과할 수 없도록 하였다.

는 것이다.

그러나 정부기능 수행 상 제공되는 서비스나(제1조 제3항 b), 정부기관들에 의하여 조달되는 서비스의 경우에는(제13조 제1항) 일정한 조건하에서 최혜국대우의 원칙의 적용되지 아니하며, 이중과세방지를 위한 국제협정의 경우에도 (제14조 e) 동 원칙의 적용이 배제된다.

나. 透明性(公開主義)原則

GATS 제3조 제1항 “각 회원국은 이 협정의 운영에 관련되거나 영향을 미치는 일반적으로 적용되는 모든 관련조치를 신속히 공표하며, 긴급상황의 경우를 제외하고는 늦어도 발효 전까지 공표한다. 특정 회원국이 서명국인 서비스무역에 관련되거나 영향을 미치는 국제협정도 또한 공표한다.” 제1항에서 언급된 공표가 실행 불가능할 경우에는 그러한 정보를 달리 공개적으로 입수 가능하도록 한다.²⁰⁾

또 각 회원국은 서비스무역이사회에 이 협정에 따라 자기나라의 구체적 약속의 대상이 되는 서비스의 무역에 중대한 영향을 주는 모든 법률, 규정 또는 행정지침의 새로운 도입 또는 수정에 관하여 신속히 그리고 적어도 해마다 통보²¹⁾해야 한다. 각 회원국은 제1항의 의미내의 일반적으로 적용되는 자기나라의 모든 조치, 혹은 국제협정에 대한 그 밖의 회원국의 특정정보에 관한 모든 요청에 대하여 신속하게 응답해야 한다. 각 회원국은 또한 요청이 있을 경우 제3항의 통보요건에 따른 사항뿐 아니라 모든 이러한 문제에 대한 구체적인 정보를 다른 회원국에게 제공하기 위해 하나 또는 그 이상의 문의처(inquiry point)를 설립해야하며, 그러한 문의처는 세계 무역기구 설립을 위한협정(이하에서는 “세계무역기구협정”이라 한다.)의 발효일로부터 2년 이내에 설치되어야 한다. 개발도상회원국에 대하여는 그러한 문의처 설치의 시간제한에 관하여 개별적으로 적절한 융통성이 합의될 수 있

20) GATS 제3조 제2항.

21) GATS 제3조 제3항.

다. 그리고 어떠한 문의처가 법률과 규정의 기탁처가 될 필요는 없다.²²⁾

모든 회원국은 여타 회원국이 취한 특정의 조치가 GATS의 운영에 영향을 미친다고 간주할 경우 이를 서비스무역이사회에 통보할 수 있다.²³⁾

다. 內國民待遇原則

(1) 內國民待遇의 定意와 競爭條件

內國民待遇(National Treatment: NT)란 자기나라의 양허표에 기재된 분야에 있어서 양허표에 명시된 조건 및 제한을 조건으로, 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에게 서비스의 공급에 영향을 미치는 모든 조치와 관련하여 자기나라의 동종 서비스와 서비스 공급자들에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여해야한다 것을 의미한다.²⁴⁾

각 회원국의 양허표에 등재된 서비스분야에 있어서는 동 양허표에 유보한 사항 이외의 어떠한 차별조치도 금지된다. 즉, 각국이 자국 양허표에 등재하지 않은 서비스분야에 있어서는 어떠한 차별조치를 하든 각국의 자유에 속하나 일단 양허표에 등재된 분야에 있어서는 동 양허표에 기재되지 않은 사항 이외의 차별조치를 하게 되면 협정상의 의무위반으로 분쟁해결 대상이 되게 된다. 양허표에 유보된 내용보다 더 강화된 조치를 하는 경우에도 물론 협정상의 의무위반이 된다.

여기서 差別措置라 함은 형식상의 차별조치뿐만 아니라 형식적으로 동일한 조치이지만 사실상 외국 서비스, 외국 서비스공급자에게 불리한 대우를 초래하는 조치도 포함된다. 즉, 정부조치를 아래와 같이 외국 서비스와 공급자에 대한 대우에 따라 구분할 때 아래의 ②번과 ④번이 모두 내국민대우에 대한 위반으로 처리되는 것이다.

① 형식상 내·외국인 간 동일조치로서 사실상 내국민보다 불리하지 않은 대우

22) GATS 제3조 제4항.

23) GATS 제3조 제5항.

24) GATS 제17조 제1항.

- ② 형식상 내·외국인 간 동일한 조치이나 사실상 내국민보다 불리한 대우
- ③ 형식상 내·외국인 간 차별조치이나 사실상 내국민보다 불리하지 않은 대우
- ④ 형식상 내·외국인 간 차별조치로서 사실상 내국민보다 불리한 대우

따라서 어떤 조치가 내국민대우 위반이나 여부는 형식상으로 내·외국인 간 동일여부와는 관계없이 외국인에게 미치는 사실상의 효과에 따라 결정하도록 되어있는데, 이에 대한 판정기준이 제17조 3항에 나와 있는 “경쟁조건”(condition of competition)이다. 그러므로 관련시장에서 외국 서비스공급자의 시장점유비율 등 경제적 성과는 경쟁조건을 기준으로 하는 내국민대우 요건의 충족여부에 대한 평가와는 관계가 없는 사항이다.

GATS 제17조 3항²⁵⁾은 형식적으로 동일하거나 상이한 대우라도 그것이 그 밖의 회원국의 동종 서비스 또는 서비스공급자(like services or service suppliers)와 비교하여 회원국의 서비스 또는 서비스공급자에게 유리하도록 경쟁조건(conditions of competition)을 수정하는 경우에는 외국인에게 불리한 대우로 본다고 규정하고 있다.

내·외국인 간 경쟁조건에 유·불리한 점이 없어야 한다는 사실상의 내국민대우(De-facto National Treatment)는 형식상의 내국민대우(De-jure National Treatment)보다 진일보한 개념으로서 1991년 말까지 내내 논란이 되었다. 그러나 사실상의 내국민대우가 GATS에서 처음 규정된 것은 아니며 GATT나 OECD Code에서도 이미 인정된 개념이다. 즉, GATT 제3조 내국민대우(National Treatment)는 “모든 수입상품은 모든 국내규제에 있어서 국내 동종상품보다 불리하지 않은 대우를 받아야 한다.”(.....shall be accorded treatment no less favourable.....)라고만 규정하고 있으나 GATT 패널에서는 “no less favourable treatment”를 “실제 동등한 기회”(effective equality of opportunities)로 해석해 왔으며 그 대표적 사례가 1989년의 미국 관세법 337조에 대한 GATT 패널판정이다.²⁶⁾

25) GATS Article 17.3. “Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.”

한편, OECD Code에서는 “동등대우”라는 용어가 사용되었다. 경상무역외 거래 자유화규약(The Code of Liberalization of Current Invisible Operation)에 보험·은행 등 외국금융기관의 지점, 대리점 등의 설립 및 운영에 있어서 내국민보다 무거운 부담을 지우지 않아야 한다는 일반적 의무를 규정함과 동시에 각 항목별로 자세한 의무규정을 두고 있다.

그러나 OECD 역시 협정본문상의 ‘동등대우’의 의미는 사실상의 내국민대우 개념과 똑같다는 GATT 법률국의 견해에 따라, 1991년 말 최종의정서 초안에는 금융분야에 있어서 내국민대우에 대한 새로운 개념규정은 사라지고 협정 본문의 규정으로 합일되게 되었다.

(2) 內國民待遇의 比較對象

경쟁조건의 비교대상은 “동종 서비스 또는 동종 서비스공급자”(like services or service suppliers)이다. 서로 다른 서비스나 서비스공급자 간에 경쟁조건을 비교한다는 것은 당연히 무의미한 일이라고 할 수 있다. 그러나 문제가 되는 것은 실제로 동종 서비스 또는 동종서비스공급자인지를 구분하기 어려운 경우가 발생할 수 있다는 점이다. 앞으로 협정운영과정에서 국가

26) 미국 관세법 337조 Panel Report(L/6349;1989.1.6).

The word “treatment no less favourable” in paragraph 4 of Article III GATT call for effective equality of opportunities for imported products in respect of the application of laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products. this clearly sets a minimum permissible standard as a basis. On the one hand, contracting parties may apply to imported products different formal legal requirements if doing so would accord imported products more favourable treatment. On the other hand, it also has to be recognised that there may be cases where application of formally identical legal provisions could in practice accord less favourable treatment to imported products and a contracting party might thus have to apply different legal provisions to imported products to ensure that the treatment accorded them is in fact no less favourable. For these reasons, the mere fact that imported products are subject under Section 337 to legal provisions that are different from those applying to products of national origin is in itself not conclusive in establishing inconsistency with Article III : 4. In such cases, it has to be assessed whether or not such differences in the legal provisions applicable do or do not accord to imported products less favourable treatment. Given that the underlying objective is to guarantee equality of treatment, it is incumbent on the contracting party applying differential treatment to show that, in spite of such differences , the no less favourable treatment standard of Article III is met.

간협의, 분쟁패널 등을 통하여 사례별로 규율되어 나갈 것이다. 다만 여기서 말할 수 있는 것은 동종 서비스 또는 동종서비스 공급자 등을 판정함에 있어서는 현실경제에서 실제 이루어지고 있는 상거래관행, 관련기업의 형태 등에 의해 크게 좌우하게 될 것이라는 점이다.

예를 들어 도시에서 영업하는 금융기관과 산간벽지에서 영업하는 금융기관에 대한 대우가 다를 수 있는데 이 경우에는 서로 여건이 다르기 때문에 산간벽지에서 영업하는 국내금융기관을 우대하더라도 내국민대우에 대한 위반이 아니라는 것이다. 그러나 이 경우에는 특정지역에서 영업하는 금융기관에 대한 우대가 국적을 기준으로 한 것이 아니며, 도시에서 영업하는 금융기관과 산간벽지에 있는 금융기관이 영업상 서로 경쟁관계에 있다고 보기도 어렵다는 점, 외국금융기관도 산간벽지에 가서 영업할 경우에는 똑같은 특혜를 받을 수 있을 것이라는 점 등 때문에 내국민대우 위반이라고 보기 어렵다고 할 것이다. 즉, 어떤 조치가 차별적이라 하더라도 동 조치의 목적이 국내사업자 보호가 아닌 특정지역개발 등 다른 정책목표를 위한 것이며, 어떤 대우의 부여기준이 국적에 기초한 것이 아니라 영업지역, 영업내용 등 다른 객관적 기준에 기초한 이러한 기준을 충족할 경우에는 국적에 관계없이 모든 서비스공급자가 동 혜택을 받을 수 있다면 내국민대우 위반이 아니라는 것이다.²⁷⁾

결국, 내국민대우의 판정기준은 자국의 서비스 또는 서비스공급자와 타 회원국의 서비스 또는 서비스공급자 간의 차별여부와 동 차별조치가 경쟁조건에 영향을 미치는지 여부로 귀결되는 것이다. “유사한 여건(in like circumstances)”이 “어떤 대우(treatment)의 부여기준”이라면 이러한 부여기준의 국적에 따른 차별요소가 있느냐 하는 문제로 귀결되기 때문에 결국 동종의 서비스와 서비스공급자 간 대우의 비교문제가 되는 것이다.

GATS 제17조 3항은 “자국 서비스나 서비스공급자에게 경쟁조건을 유리하게 수정(modify)하는 경우에는 외국인에게 불리한 대우로 본다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 수정(modify)이란 서비스협정 발효 이후에 어떤 조

27) 한철수(주10), 전게서, pp. 188-189.

치를 변경함으로써 새로이 자국 서비스나 공급자의 경쟁조건을 유리하게 변경하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 과거부터 계속 존재하던 조치까지 포함한다.

한편, 경쟁조건을 어느 정도 유리하게 하여야 내국민대우에 위배되느냐 하는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 이에 관해 어떤 기준이 있을 수는 없으며 다만, 어떤 회원국이 자국의 무역 이익이 상당한 정도로 침해되었다고 생각하면 협정상의 분쟁해결절차를 원용하게 될 것이다.

따라서 사소한 경우에는 문제제기를 하지 못하도록 “중대한 정도로 (significantly)” 경쟁조건을 유리하게 하는 경우로 한정하여 규정하자고 일본이 주장하였으나 다른 모든 국가의 반대로 반영되지 못하였다. 즉, 일국의 정부가 소를 제기할 때에는 무역이익이 상당한 정도로 침해되었을 경우이며, 사소한 경우에는 당연히 문제를 제기하지 않을 것이므로 별도로 ‘significantly’라는 요건을 추가할 필요가 없다는 것이다.²⁸⁾

또한, 제17조에 대한 주석은 제17조에 의한 구체적 약속이 어떤 회원국으로 하여금 관련 서비스나 서비스공급자가 외국 또는 외국인이기 때문에 발생하는 본래의 경쟁상의 불이익을 보상하도록 요구하는 것은 아니라고 규정하고 있다. 즉, 외국인 회계사가 한국어를 못하기 때문에 영업활동에서 불리한 점이나 외국건설사가 국내건축시장의 관행이나 관련제도 등을 잘 몰라 수주활동에 불리한 것 등은 어쩔 수 없다는 것이다.

(3) 내·외국인 간 差別待遇 사례

서비스나 서비스공급자를 국적에 따라 차별하지는 않으나 사실상 외국 서비스나 공급자가 불리하게 대우받는 사례는 다음과 같은 것들이 있다. 어느 서비스분야의 영업활동을 하기 위해서는 국내교육기관의 학위가 있어야 한다는 요건(예 : 변호사나 회계사시험, 의사의 응시자격으로 국내대학 졸업요건을 부과하는 경우)·서비스 공급활동 허가요건으로서 자국 언어 구사

28) 이와 같이 비중 있는 사안에 한하여 정부가 어떤 행동을 취하는 것을 “Government Behavior”라고 하며 다자간협상에서 어떤 논리를 전개할 때 자주 원용되는 용어이다.

능력을 시험하는 경우 등이다.

(4) 內國民待遇와 거주요건

금융기관의 책임자나 건축·회계 등 專門職 서비스공급자에 대해서는 소비자보호를 위하여 國內居住要件(residency requirement)이 부과되는 경우가 많다. 그러나 居住要件이 과연 무엇을 의미하는가는 분명치 않다. 즉, 사무소 등의 완전한 설립(full establishment), 국내에 주소(address)보유, 단순한 등록(registration) 또는 개인의 물리적 駐在(personal presence) 등 나라마다 분야마다 다를 수밖에 없으며 심지어는 도제기간(apprentice ship)을 의미하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 거주요건이 내국민대우에 위배되는지 여부는 관계서비스 공급활동과 관련하여 사례별로 판단할 수밖에 없다.

(5) 內國民待遇와 補助金

GATS 제17조 내국민대우 규정은 다른 모든 조치와 마찬가지로 보조금 형태의 조치에도 똑같이 적용된다. 보조금에 관한 규정 제15조는 아무런 의무규정 없이 단지 회원국들로 하여금 보조금에 관한 다자간규율을 개발하기 위한 협상을 개시할 것만 규정하고 있다. 그러므로 보조금형태의 조치를 제17조의 적용대상으로부터 제외하려면 불가피하게 보조금에 대한 명확한 정의가 필요하다. 그러나 제15조에는 보조금에 대한 정의가 없기 때문에 보조금형태의 지원 '조치'라고 밖에 말할 수 없게 된다. 따라서, 이러한 보조금형태의 지원조치들이 자국 서비스나 자국 서비스공급자에게 유리한 경쟁요건을 조성하느냐 하는 문제가 심사되어야 하는 것이다.

이에 따라 UR협상에서 상당수 국가들이 자국 양허표 내국민대우란에 양허업종 전체에 대해 적용되는 수평적 제한조치로서 보조금에 대한 일반적 유보를 하였다. 1994년 2월 각국 양허표의 검증과정에서 이러한 일반적 유보에 대한 문제제기가 있었으나 이들 국가들 대부분은 보조금 관련규율이 불확실한 상황이므로 미래의 안전판으로 이를 유지하겠다는 입장을 견지하였다.

그러나 실제로 각국의 사례를 보면 어떤 분야에 보조금을 지원할 경우 자국법에 따라 설립된 법인은 소유권자의 국적을 불문하고 별도의 일정한 기준에 따라 지원대상과 지원규모를 결정하는 것이 일반적이다. 다만, 외국 기업의 지사에 대해서는 보조금이 지급되지 않는 것이 일반적일 것이나 법인과 지사는 동등대우 여부의 판정에 있어 비교대상인 “유사서비스공급자”로 보기 어려운 점이 있다고 할 수 있다.

또한, 보조금이 지원되는 서비스분야에 있어서 상업적 주체에 의하지 않고 외국으로부터 국경간 공급형태로 외국서비스가 들어오는 경우도 있을 것인바, 이때 외국에 소재하고 있는 공급자까지도 동등한 보조금 지원여부의 비교대상이 된다고 보기는 어려울 것이다.

2. 서비스貿易協定の 主要規定

가. 國內規制

GATS 제6조 國內規制(Domestic Regulation)는 상기 “國內法規의 政策目標”에 그 뿌리를 두고 있다. 여기서 국내법규가 추구하는 과당경쟁방지과 시장질서유지, 소비자보호, 안전, 국내산업보호 등 국내법규에 내재된 여러 가지 정책목표 중에 서비스교역의 제한이 아닌 정당한 국내규제는 무엇인가 하는 문제이다.

국내산업을 보호하기 위해서 내·외국인을 차별하는 조치는 제17조에서 내국민대우에 대한 제한으로 정의됨으로써 서비스교역에 대한 제한으로 규정된 바 있다. 과당경쟁방지와 시장질서유지를 위한 양적인 규제는 제16조에서 시장접근에 대한 제한으로 규정되었다. 소비자보호, 안전 등을 위한 규제는 교역을 제한하기 위한 것이 아닌 정당한 국가정책목표라고 할 수 있는데, 이러한 목표들을 달성하기 위한 중간목표는 “서비스의 질”과 “서비스

공급자의 자격 및 능력”으로 대표된다. 또한 이러한 중간목표를 달성하기 위한 국내규제수단은 “자격요건”(qualification requirement) 및 “인가요건”(licensing requirement)과 “기술적 표준”(technical standard) 등으로 분류할 수 있다.

GATS 제6조는 이와 같은 세 가지 유형의 규제를 정당한 국내규제의 대표적인 것으로 인식하는 한편, 이러한 규제들의 기준과 운용방식에 대한 규율을 설정하고 있는 것이다.

(1) 합리적 국내규제의 기준²⁹⁾

제6조 4항은 다음 세 가지를 국내규제의 기준으로 규정하고 있다.

(a) 자격·면허관련 요건 및 기술적 표준은 서비스 공급능력과 자격 등과 같은 객관적이고 명백한 기준에 바탕을 두어야 함.

(b) 이들 요건이 서비스의 질을 확보하기 위해 필요한 정도 이상으로 부담스럽지 않아야 함.

(c) 면허절차의 경우, 절차 그 자체가 서비스공급에 대한 제한이어서는 안됨.

그러나 이러한 기준 역시 매우 추상적인 것으로서 실제 각국의 분야별 국내규제가 과연 위 기준에 맞는지 여부를 가려내는 일은 불가능에 가깝다고 할 수 있다. 따라서 국내규제에 관한 보다 구체적인 다자간규율이 제정되어야 하나 UR 기간 동안에는 시간이 부족하여 이에 대한 작업을 개시하지 못하였다. 다만, GATS의 운영을 책임지게 될 서비스이사회가 적절한 기구를 설치하여 각국의 국내규제가 상기 세 가지 기준에 부합하도록 보장할 수 있는 규율을 개발하도록 하였다.

동 기구가 앞으로 국내규제에 관한 다자간규율을 어떠한 형태로 개발할 것인지에 대해서는 아무런 규정이 없으며, UR협상에서도 논의되지 않았다. 모든 서비스분야에 대해 공통으로 적용되는 규율이 될 지, 아니면 분야별로 서로 다른 규율이 만들어 질 것인지, 또한 분야별로 규율이 만들어질 경우

29) GATS 제6조 4항 및 5항.

에도 각 분야마다 규율이 만들어질지 아니면 전문직업, 금융, 운송 등 일부 분야에 대해서만 만들어질 것인지도 미지수이다. 다만, 전문직 서비스에 대해서는 UR 종결시 각료들의 결정에 의하여 국내규제에 관한 규율제정을 위한 작업반을 구성할 예정인바, 이로 미루어볼 때 일부 주요 서비스분야를 대상으로 각 분야별로 서로 다른 다자간규율이 제정될 가능성이 많다고 하겠다.

국내규제에 관한 다자간규율이 법적으로 어떤 형태가 될지에 대하여는 다음과 같은 세 가지를 예상하여 볼 수 있다.

- ① 표준설정 협정(Standard-setting Agreement)
- ② 분야별 부속서 또는 주석(Sectoral Annex or Annotation)
- ③ 서비스이사회의 결정(Decision)

한편, GATS 제6조 5항은 4항에서 규정한 다자간규율의 제정 이전기간동안의 경과조치를 규정하고 있다. 즉, 면허나 자격요건, 기술적 표준을 적용함에 있어서 시장접근 및 내국민대우에 관한 구체적 약속을 무효화(nullify)하거나 침해(impair)하는 방식으로 적용해서는 안된다는 것이다. 예를 들어, 외국은행지점 인가기준을 적용함에 있어서 본점의 자본금이 100억불 이상이 되어야 한다고 하면, 은행규모가 작은 나라는 사실상 이와 같은 인가기준을 충족시킬 수가 없어 시장접근 혜택을 보지 못하게 된다. 따라서 이와 같은 국내면허기준의 강화에 의하여 피해를 볼 가능성이 많은 스웨덴, 호주, 뉴질랜드, 홍콩 등과 같이 은행규모가 작은 나라들이 동 조항을 강력히 주장하여 반영되게 되었다.

그러므로 제6조 5항 (a)에 의하면 한 회원국의 면허·자격요건과 기술적 표준이 ① 동조 4항의 세 가지 기준 중 하나라도 부합하지 않고, 또한 ② 당해국이 구체적 약속을 할 당시 합리적으로 기대할 수 없었던 방식으로 적용하여 구체적 약속을 침해하거나 무효화하지 않도록 하고 있다.

따라서 면허요건 등이 필요 이상으로 부담스럽거나 서비스 공급능력과

관계없는 사항이라 하더라도 양허협상과정에서 양국간에 이미 논의된 사항이라면 제6조 5항의 의무를 위반한 것으로 되지는 아니한다. 왜냐하면 양자협상과정을 통하여 그러한 국내규제의 존재를 상대국이 알게 되었기 때문이다.

결과적으로 제6조 5항은 기존의 국내규제요건보다는 주로 새로운 국내규제의 도입이나 기존 규제요건의 강화, 변경의 경우에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 기존의 국내규제요건이라 하더라도 양허협상과정에서 고의나 과실에 의하여 전혀 거론되지 않음으로써 상대국이 합리적으로 기대할 수 없었던 사항은 분쟁대상이 된다고 할 수 있다.

사실 “합리적 기대”(reasonable expectation)를 넘어서는 양허효과의 “무효화(nullification) 및 침해(impairment)”는 GATT에서 비롯되고 GATS 제23조 3항³⁰⁾에도 반영되어 있는 “의무 비위반 사례”(Non-Violation Case)에 의해서도 규율이 가능하다. 비록 시장접근 및 내국민대우에 관한 약속이나 MFN과 같은 의무를 위반하지 아니하였다 하더라도, 국내규제의 강화나 신규도입에 의하여 시장접근이 불가능하게 되었을 경우에는 제23조 3항에 의하여 의무 비위반 사례의 분쟁제기가 가능한 것이다.

(2) 국제적 표준의 적용

GATS 제6조 5항 (b)는 동조 5항 (a)의 요건이 충족되고 있는지 여부를 판단함에 있어서 당해국이 관련 국제기구에서 제정한 국제표준을 사용하고 있는 경우에는 이에 대한 고려가 있어야 한다고 규정하고 있다.

처음 이 조항은 아르헨티나가 주장한 것으로서 국제표준을 사용하고 있

30) GATS Article 23. ③ provides, “If any Member considers that any benefit it could reasonably have expected to accrue to it under a specific commitment of another Member under Part III of this Agreement is being nullified or impaired as a result of the application of any measure which does not conflict with the provisions of this Agreement, it may have recourse to the DSU. If the measure is determined by the DSB to have nullified or impaired such a benefit, the Member affected shall be entitled to a mutually satisfactory adjustment on the basis of paragraph of Article which may include the modification or withdrawal of the measure. In the event an agreement cannot be reached between the Members concerned, Article 22 of the DSU shall apply.”

는 경우에는 GATS 제6조 5항 (a)의 요건을 충족하는 것으로 간주하자는 것이었다. 그러나 관련 국제기구란 것이 정부간 기구, 비정부간 기구 등 수백 개에 달할 뿐만 아니라 국제표준도 그 정의 및 범위가 애매하기 때문에 이를 간주규정으로 할 수 없다는 미국, EU 등의 강력한 반대에 부딪혀 “추정”(presumption)보다도 그 효과가 약한 “고려사항”(take account)으로 결정되었다.

(3) 전문자격 입증 기회의 부여

제6조 6항은 회원국이 어떤 전문직 서비스분야에 대하여 구체적 약속을 한 경우에는 타 회원국의 전문직업인에 대하여 그 자격을 입증할 수 있는 “충분한 절차”(adequate procedures)를 제공하도록 규정하고 있다.

여기서 문제가 되는 것이 “충분한 절차”가 과연 무엇이나 하는 것이다. 회계사나 변호사 자격시험을 치르는 데 있어서 자국민과 똑같이 응시 기회만 부여하면 되는 것인가, 아니면 외국인들이 본국어로 시험을 볼 수 있도록 통역이나 번역 서비스를 제공하여야 하는가, 아니면 더 나아가서 약식 면접심사와 같은 특인(特認)절차를 제공하여야 하는가이다.

이에 대해서 일본 등 일부국가로부터 문제제기가 있었으나 미국, EU 등이 토의를 회피하여 서비스협상그룹(Group of Negotiation on Service : GNS)내에서 구체적으로 논의되지 않았다.

여기서 통역이나 번역이라고 하면 영어만 생각하기 쉬우나 응시하는 외국인의 국적이 다양할 것이기 때문에 영어로 통역이나 번역 서비스를 제공하게 되면 MFN 때문에 스페인어, 불어, 스웨덴어 등 다른 나라 말도 같은 서비스를 제공해 주어야 되며, 이는 당사국에게 과도한 행정부담을 초래하게 된다. 따라서 “충분한 절차”가 이를 요구하는 것이라고 해석하기에도 어려운 점이 있다.

다만, 앞으로 실제 협정운영과정에서 이 조항이 큰 의미를 갖게 되지는 못하리라는 점은 있다. 왜냐하면 회계사, 변호사, 의사, 엔지니어, 건축사 등 전문직 서비스의 교역확대는 주로 자격의 상호인정에 의존하게 될 것이기

때문이다.

(4) 규제조치의 合理的, 客觀的, 公正한 운영

GATS 제6조 1항은 각 회원국은 구체적 약속을 한 서비스분야의 무역에 영향을 미치는 모든 조치들을 합리적이고 객관적이며, 공정한 방식으로 시행하여야 한다고 규정하고 있다.

동 조항은 규제조치 자체의 내용은 문제 삼지 않는다. GATS 제6조 4항에서의 규제조치 자체에 대한 규율은 UR이후로 그 작업이 미루어졌기 때문이다. 다만, 일반적 적용효력을 가지는 이미 정해진 규제조치를 실제 운영하는 데 있어서 합리적이고 객관적이며 공정한 방식으로 관리·운영하라는 것이다.

이 조항 역시 호주, 뉴질랜드, 스웨덴과 같은 국가들이 주장한 것으로서 1947년 GATT 제10조 3항에 그 근거를 두고 있다. 당초 이들 국가들은 구체적 약속 여부를 불문하고 모든 서비스분야에 대하여 규제조치의 합리적, 객관적, 공정한 운영의무를 규정하자고 하였으나 서비스협정의 기본구조가 구체적 약속을 하지 않은 서비스분야는 전적으로 당해 국가의 자유재량에 속하게 되어 있다는 논의에 밀려 구체적 약속을 한 서비스분야에 한하여 적용하기로 그 범위가 제한되었다.

(5) 인·허가절차에 대한 규율

GATS 제6조 3항은 서비스공급을 위해 인가가 필요한 서비스분야에 있어서 國內法規上 필요한 요건을 모두 갖춘 인가신청서가 제출된 경우에는 합리적인 기간 내에 신청자에게 그 신청과 관련된 결정을 알려주도록 규정하고 있다. 여기에서 “合理的인 期間”(reasonable period of time)이란 사례별로 판단할 수밖에 없다. 이와 관련된 사항으로서 OECD 경상무역외거래 자유화규약의 보험서비스분야의 설립관련조항³¹⁾과 은행 및 금융 서비스분

31) OECD The Code of Liberalization of Current Invisible Operation, D. Insurance D/6, para.2.
d) The competent authorities shall decide on each application for authorization by an insurer from another Member State not later than six months from the date on which that

야의 설립관련조항³²⁾은 모든 요건을 갖춘 인가신청 후 6개월 이내에 결정을 내리고 지체 없이 그 결과를 통지해 주도록 규정하고 있다. 그러나 GATS 제6조 3항³³⁾은 언제든지 신청자의 요청이 있는 경우에는 지체 없이 그 처리 현황에 대한 정보를 제공하도록 규정하고 있다.

(6) 인·허가 등에 관한 행정결정의 국내규제

GATS 제6조 2항은 인·허가 및 기타 관리감독 등에 관한 행정결정의 국내구제장치에 관한 조항이다. 외국서비스 공급업체의 설립을 위한 인·허가 신청이 부결되었을 때 또는 이미 설립되어 영업활동을 하고 있는 업체에 대하여 어떤 제재가 가해졌을 경우에 당해 서비스공급자는 국내의 행정 심판, 사법기관 또는 중재기구에 제소하여 적당한 구제조치를 받을 수 있어야 한다는 것이다.

GATS 제6조 2항은 각국이 위 관련기구들을 계속 유지하거나 최대한 빨리 설치하도록 하고 있으며, 만약 행정결정을 내린 기관과 이를 재심하는 기관이 서로 독립되어 있지 않은 경우에도 객관적이고 공정한 검토가 이루어질 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있다.

동 조항이 회원국의 어떤 행정결정에 대하여 당사국이 이를 GATS하에 분쟁을 제기하는 것을 막는 것은 아니다. 바꾸어 말하면 주재국의 국내구제 절차를 모두 거친 후에만(exhaustion of local remedies) GATS상의 분쟁제

application has been completed in all particulars and shall without further delay notify their decision to that insurer.

32) OECD The Code of Liberalization of Current Invisible Operation, E. Banking and Financial Services, para. 2.c) The competent authorities shall decide on each application for authorization from a non-resident enterprise not later than six months from the date of which the application has been completed in all particulars and shall without further delay notify the enterprise of their decisions.

33) GATS Article 6. ③ provides, "Where authorization is required for the supply of a service on which a specific commitment has been made, the competent authorities of a Member shall, within a reasonable period of time after the submission of an application considered complete under domestic laws and regulations, inform the applicant of the decision concerning the application. At the request of the applicant, the competent authorities of the Member shall provide, without undue delay, information concerning the status of the application."

기가 가능한 것은 아니라는 것이다.

그러나 일반적으로 GATT체제하에서 국가간 분쟁대상으로 큰 의미를 가지는 것은 구체적 사안에 대한 개별결정(individual decision)보다도 법규상의 규제체계(regulatory regime)나 행정관행(pattern of practices)이다.

예를 들면, 한국 내에 소재하고 있는 외국은행에 대하여 법인세가 부당하게 부과되었을 경우 이는 GATS상의 분쟁을 제기하기 이전에 우선적으로 국세심판소에 심사를 청구하게 되는 것이다. 국세심판소의 결정에도 불복할 경우에는 고등법원에 행정소송을 제기할게 될 것이다. 그러나 세법 자체가 외국은행에 불리하게 되어 있다든지 국내세무서들이 외국은행들에 대해서 과세표준을 평가하고 세액을 決定·徵收함에 있어서 반복적으로 불리하게 대우하는 경우에는 GATS상의 분쟁해결절차를 원용하게 될 것이다.³⁴⁾

나. 추가적 자유화약속

GATS 제18조³⁵⁾는 브뤼셀 각료회의 제출 초안³⁶⁾에는 없던 조문이나 1991년도에 규제조치를 4개 유형으로 구분하는 과정에서 탄생하게 된 것이다. 즉, 무차별적 질적 규제는 시장접근이나 내국민대우에 대한 제한이 아니므로 양허표에 유보할 필요가 없으나 사실상 서비스교역을 제한하는 효과를 가지는 규제들은 당사국간 협상을 통하여 이를 제거하거나 변경하는 약속을 할 수 있도록 한 것이다. 따라서 추가적 자유화약속은 포지티브방식(Bottom-Up Approach)에 따라 기재하게 된다. 그러므로 어떤 회원국이 이에 관한 약속을 할 의사가 없는 경우에는 양허표에 아무것도 나타나지 않게 되고 국가간 협상에서 합의된 사항만 약속의 수락형태로 기재되게 되는

34) 한철수(주10), 전제서, pp. 215-216.

35) GATS Article 18, provides, "Members may negotiate commitments with respect to measures affecting trade in services not subject to scheduling under Articles XVI or XVII, including those regarding qualifications, standards or licensing matters. Such commitments shall be inscribed in a Member's Schedule."

36) GATT documents, MTN.TNC/W/35/Rev.1(3 December 1990)

것이다.

서비스교역에 영향을 미치는 조치라면 무엇이든 추가적 자유화 약속의 대상이 된다. 대표적인 것이 GATS 제6조³⁷⁾에 규정된 인정·자격요건과 기술적 표준이며, 이 외에도 정부조달이나 무차별적인 영업규제 등이 그 대상이 될 수 있다. 예를 든다면, 인가요건에 있어서 최소자본금 요건을 100억원에서 50억원으로 낮출 것을 약속하다든지, 자격요건과 관련해서 외국 건축사나 엔지니어의 자격을 일방적으로 인정해주거나 간단한 약식절차를 거쳐서 인정해 준다면, 또는 기술적 표준에 있어서 통신망의 접속·사용요건을 상대국 요건과 통일시키겠다고 약속하는 것이다.

또한, 영업규제와 관련된 예로는 은행과 證券業務를 분리하도록 되어 있는 나라(분업주의: Separate Banking System)가 상대국은행에 대하여 증권업무까지 겸업(겸업주의: Universal Banking System)할 수 있도록 약속하는 것을 들 수 있다.³⁸⁾

정부조달과 관련해서는 해운서비스의 정부구매시, 즉 정부가 해외로부터 구매하는 화물의 운송에 있어서 외국 해운업자에 대하여 국내 해운업자와 똑같은 대우(내국민대우)를 해줄 것을 약속하는 것을 예로 들 수 있다.

당초 1991년 협상과정에서는 追加的 自由化約束의 대상과 관련 세 가지 입장이 대립하고 있었다.³⁹⁾ 인도 등 개도국들은 양허협상의 대상은 어디까지나 시장접근과 내국민대우에 대한 제한에 한하여야 한다는 입장(따라서

37) GATS Article 6. ④ provides, 4. With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, inter:

(a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service;

(b) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service;

(c) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service.

38) 우리나라는 최근 분업주의에서 겸업국으로 정책을 전환함으로써 영업상의 규제를 대폭 완화한 바 있다.

39) 한철수(주10), 전게서, p. 217.

제18조는 불필요)이었고, 일부국가는 제18조의 대상을 인가·자격요건과 기술적 표준에 한정하자는 입장이었으며 선진국들은 모든 조치를 대상으로 할 것을 주장하였다.

이렇게 세 그룹의 입장이 대립되자 당시 GNS 공동의장이었던 호(Hawes) 호주대사가 1991년 12월 20일 최종의정서 초안 작업 제출시 의장 직권으로 현재의 조문을 반영하였으며 그 후 동 조문에 대하여는 각국으로부터 별다른 이의제기가 없이 그대로 최종협정에 규정되게 되었다.

다. 資格認定

인정조항(GATS 제7조)은 주로 專門職業 서비스분야에 해당하는 조문으로서 전문직업서비스 공급자격의 相互認定, 一方的 認定, 資格認定 制度의 調和 등의 추진에 관한 근거조항임과 동시에 이에 대한 규율을 규정한 것이다. 그러나 각국으로 하여금 相互認定 및 調和에 관한 협상참여, 일방적 인정 등을 의무화하는 조항은 아니다.

회계법인, 법무법인의 설립 등 상업적 주재나 회계사, 변호사 등의 입국 및 주재와 같은 자연인의 주재에 관한 제한은 시장접근 또는 내국민대우에 대한 제한이지만 관련 서비스의 공급 이전에 국내 회계사, 변호사 등의 자격을 취득토록 하는 것은 내·외국인 간 무차별적인 합법적 국내규제이다.

그러나 위와 같은 자격취득이 관련 전문서비스 공급의 필수 전제조건인 반면 외국인이 내국인과 동일한 절차에 의하여 자격을 취득한다는 것은 매우 어려운 일(외국어에 의한 시험통과 곤란)이므로 당사국간 상호인정, 한 회원국의 일방적 인정 등이 필요하게 되는 것이며, GATS 제7조는 이와 같은 인정조치의 근거 및 이에 관한 규율을 규정한 것이다. 한편, 자격인정제도라 하더라도 외국인의 자격취득을 금지하는 국적요건, 일정기간 이상 국내 사전거주요건, 특정 국내학교 졸업요건 등은 내국민대우 위배조치에 해당한다.

인정조치는 상호인정과 일방적 인정이 그 대상이 되며, 조화의 경우에는

학력(education), 경험(experience), 기타 구비조건(requirements), 자격증 (license or certification)등이 그 대상이 된다.⁴⁰⁾ 일반적으로 각국의 자격인정기준은 서비스분야별로 각각 상이하다. 즉, i) 4년제 정규대학 졸업 등 학력요건만 충족하면 서비스 공급자격이 주어지는 경우, ii) 엔지니어 등과 같이 해당분야에 일정기간 종사하면 자격이 주어지는 경우, iii) 의사, 변호사, 회계사 등과 같이 시험에 의하여 자격이 주어지는 경우 등이다.

따라서 상기 서비스분야별 자격인정기준에 따라 인정조치의 대상이 외국에서 취득한 학력, 경험, 자격증 등으로 각각 달라지게 되는 것이다. 이 같은 學歷, 經驗, 資格證 등의 인정조치에 의하여 본래의 서비스 공급자격 부여기준이 충족되게 된다.⁴¹⁾ 즉 서비스 공급자에 대한 인·허가, 면허, 인증기준의 충족조건이 상기 인정조치에 의하여 대체되는 것이다.

認定措置方法은 상호인정에 관한 協定締結⁴²⁾이나, 一方的인 認定의 方法이 있다. 相互認定에 관한 協定締結은 양자간 또는 다자간에 서비스분야별로 각국의 서비스공급자의 자격을 상호 인정하는 협정을 체결하는 방법이다. 동 협정은 자격인정제도의 조화(예 : 학력요건의 통일, 경력기간의 통일 등)에 기초할 수도 있으며, 자격인정기준의 조화없이 상호인정을 추진할 수도 있다.⁴³⁾ 그러나 각국이 서로 문화와 전통이 다르기 때문에 학교교육제도나 자격인정제도 등 제도를 조화시킨다는 것은 사실상 매우 어려운 일이기 때문에 주로 상호인정의 방법이 활용되게 될 것이다. 상기와 같은 협정의 체결국은 현존 협정이든, 미래의 협정이든 관심 있는 타 WTO 회원국으로 하여금 동 협정에의 가입을 위한 협상이나 동 협정과 대등한 협정체결 협상을 위한 충분한 기회를 제공하여야 한다. 그렇지 않으면 인정조치가 국가간 차별을 위한 수단으로 악용될 우려가 있기 때문이다.

一方的 認定⁴⁴⁾은 어떤 회원국이 타 회원국 서비스공급자의 자격을 일방

40) GATS 제7조 1항.

41) GATS 제7조 1항.

42) GATS 제7조 1항, 2항.

43) 한철수(주10), 전게서, p. 220.

적으로 인정할 수도 있다. 그러나 이 경우 MFN문제가 발생하므로 제3회원국으로 하여금 당해국 서비스공급자도 그와 같은 일방적 인정대상에 포함될 수 있음을 주장할 수 있는 충분한 기회를 제공하여야 한다.

認定措置의 運營上의 義務는 성실한 관리의무⁴⁵⁾와 통지의무가 있다. 運營上의 義務는 각 회원국이 인정조치를 국가간 차별을 위한 수단이나 위장된 서비스교역 제한으로 이용하여서는 안되기 때문에 부과하고 있다. 통지의무⁴⁶⁾에 따르면, 각 회원국은 서비스협정 발효 후 12개월 내에 현존·이전조치의 내용 및 동 인정조치가 제7조에 규정된 형태의 협정에 기초하고 있는지 여부를 서비스이사회에 통지하여야 한다. 또한, 회원국 간 또는 회원국과 비회원국 간 상호인정에 관한 협상을 개시할 경우 사전에 최대한 빨리 서비스이사회에 이를 통보하여 관심있는 회원국이 동 협상에 참여할 수 있는 충분한 기회를 제공하여야 한다는 것이다.

또한 동 조항에 따르면, 새로운 인정조치의 시행이나 현존 인정조치의 중대한 변경시에도 동 내용과 동 조치가 제7조에 규정된 형태의 협정에 기초하고 있는지 여부를 서비스이사회에 즉시 통지하여야 한다.⁴⁷⁾

라. 市場接近

(1) 市場接近에 대한 類型

GATS 제16조는 市場接近에 대한 제한조치의 유형을 열거하고 있다.⁴⁸⁾

44) GATS 제7조 1항, 2항.

45) GATS 제7조 3항.

46) GATS 제7조 4항.

47) GATS 제7조 4항 c).

48) GATS 제16조

① With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule. If a Member undertakes a market-access commitment in relation to the supply of a service through the mode of supply referred to in subparagraph of Article I and if the cross-border movement of capital is an essential

동 조항의 여섯 가지 유형은 한정적인 열거목록(exhaustive list)이다. 따라서 열거된 유형에 해당하지 않는 제한조치는 제16조의 적용을 받지 아니하므로, 시장접근에 대한 제한조치가 아니며 각국의 자유재량에 속하는 사항이라고 할 수 있다.

그러나 유형 그 자체는 한정적인 것이지만 각 유형의 포괄범위는 무한정한 것이다. 따라서 어떤 규제가 동 여섯 가지 유형에 해당하느냐 여부를 둘러싸고 앞으로 분쟁발생 소지가 많다. 더구나 제16조 조문의 문구 자체가 애매모호한 점이 많기 때문에 조문해석을 둘러싸고도 분쟁이 발생할 소지가 많은 실정이다.

市場接近에 대한 제한의 유형과 사례⁴⁹⁾로서, GATS 제16조 2항은 네 개의 양적 제한조치 유형과 두 개의 질적 제한조치 유형을 명시하고 있다. 양적(quantitative)제한조치란 수치로 표시된(numerical)제한과는 다르다. 즉,

part of the service itself, that Member is thereby committed to allow such movement of capital. If a Member undertakes a market-access commitment in relation to the supply of a service through the mode of supply referred to in subparagraph of Article it is thereby committed to allow related transfers of capital into its territory.

② In sectors wheremarket-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test; Subparagraph 2(c) does not cover measures of a Member which limit inputs for the supply of services.

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

49) GATS 제16조 2항.

양적 제한은 수량쿼타로 표시될 수도 있고 독점이나 진입금지, 경제적 수요심사 등과 같이 숫자로 표시되지 않을 수 있다. 그렇지만 숫자로 표시된 조치가 모두 양적인 제한조치는 아니다. 우리나라의 경우 업종마다 사업면허요건에 최소자본금요건이 있는데, 이 자본금요건은 숫자로 표시되어 있지만 양적인 제한조치라고 할 수는 없다.

한편, 제16조는 내·외국인 간 무차별적 조치와 차별적 조치를 모두 포괄하기 때문에 무차별적인 양적 조치도 제16조 해당사항으로 각국 양허표에 기재되어야 한다. 이러한 조치들은 공급되는 서비스의 질이나 서비스공급자의 자격과는 관계없는 사항들이기 때문에 내·외국인 간 차별여부를 불문하고 시장접근에 대한 제한으로 취급되는 것이다.

또한 제16조 2항(a)~(d)까지의 네 개의 양적 제한조치는 최대한도제한(maximum limitation)만을 포괄한다. 즉, 회사설립 시 최소 자본금 요건과 같이 최소요건(minimum requirement)은 시장접근에 대한 제한조치가 아니다. 그러나 물론 최소요건이라 하더라도 내·외국인 간 차별조치는 명목상의 차별뿐만 아니라 사실상의 차별조치까지도 내국민대우에 대한 제한조치에 해당한다. 일단 양허표에 기재된 서비스분야에 있어서는 제16조가 네가티브 방식(또는 Top-down Approach)으로 적용되기 때문에 양허표에 유보되지 않은 양적 제한조치는 시행할 수 없게 된다.

물론 이러한 양적 제한조치들은 그 나라의 전국을 기준으로 시행하든, 특정지역에 한하여 실시하든 모두 제16조 적용대상이 된다.

(a) 서비스공급자 수 제한⁵⁰⁾ : 쿼타를 설정하거나 독점업체를 지정하거나 소수의 지배적 사업자를 지정하는 경우, 또는 경제적 수요심사에 의하여 사업자 수를 제한하는 조치를 하는 경우가 있다. 이는 경제적 수요심사에 의한 식당, 호텔, 주유소 등의 사업 면허나, 외국 의료인 입국에 대한 연간 쿼타, 고용 알선업에 대한 정부독점, 전문 직업 서비스공급자에 대한 국적요건(엄밀한 의미에서 양적인 제한이라고 할 수 없으나 외국인에게는 영(零)의 쿼타에 해당한다는 차원에서 시장접근에 대한 제한으로 취급하기로 하

50) GATS 제16조 2항 (a).

였다.) 등을 들 수 있다.

(b) 서비스거래액이나 자산 가액에 대한 제한⁵¹⁾ : 수적인 쿼타나 경제적 수요심사의 형태로 서비스 총 매출액이나 총자산가액을 제한하는 조치라고 할 수 있다. 이에 대한 사례는 국내 총 금융자산 중 외국은행 자회사 및 지점의 점유비율 제한(예 : 20%이내)이나, 1개 외국은행 자회사 또는 지점 당 수신고 또는 여신금액 제한(예 : 1조원이내), 외국보험회사 지사 및 자회사의 총 계약고 제한(예 : 5조원 이내), 국내보험시장 상황에 따라 1개 외국보험회사 지사 또는 자회사당 보험계약고 제한 등을 들 수 있다.

(c) 서비스 영업량이나 총 산출량에 대한 제한⁵²⁾ : 지정된 계수로 표시된 쿼타나 경제적 수요심사형태의 제한조치를 말하며, 외국산 프로그램의 방송 시간제한을 대표적인 예로 들 수 있다. 이 외에도 1개 병원 당 진료가능 환자 수 제한, 변호사 사무소당 연간 법률상담건수 제한 등을 예로 들 수 있으나, 실제로 이와 같은 제한은 별로 없을 것이다.

한편, (c)항의 주식은 동 (c)항에 서비스공급을 위한 투입(inputs)을 제한하는 조치는 해당하지 않는다고 밝히고 있다. 예를 들면, 1개 병원당 병상 수 제한, 건설회사의 건설장비 보유한도, 1개 운송회사당 트럭보유대수 한도 등이다. 그러나 이러한 것들은 최소요건을 규정하는 경우는 있어도 최대한도요건을 정하는 경우는 거의 없을 것이다.

우리나라의 경우 해운업자가 트럭킹 사업면허를 받으려면 트럭을 30대 이상 보유해야 한다는 규정이 있는데, 이 규정이 제16조 제2항 (c)에 해당하는가에 대해서 동 규제는 서비스공급을 위한 투입에 대한 제한일뿐만 아니라 최대한도요건이 아닌 최소요건이기 때문에 시장접근에 대한 제한은 아니라고 할 수 있다. 그러나 외국의 해운업자가 자사선박이 운반한 화물만을 대상으로 우리 국내 최종목적지까지 운송하기 위하여 트럭킹 사업면허를 받고자 하는 경우 트럭 30대 보유요건이 문제될 수 있다. 즉, 화물량이 많지 않기 때문에 트럭 10대면 충분한데 30대 보유요건 때문에 경제성이

51) GATS 제16조 2항 (b).

52) GATS 제16조 2항 (c).

없이 사업을 개시할 수 없는 사례가 생길 수 있는 것이다. 이런 경우에는 제17조(내국민대우)에 의거하여 사실상 차별대우문제로 분쟁의 대상이 될 수도 있다.

(d) 총 고용인력 제한⁵³⁾ : 쿼타나 경제적 수요심사 형태로 한 서비스공급자가 고용할 수 있는 총 자연인 수를 제한하거나 어느 한 서비스분야에 종사할 수 있는 자연인의 총수를 제한하는 경우이다.

건설분야 인력 중 외국인력이 30%를 초과할 수 없도록 제한하거나 1개 건설회사당 외국인부가 50명을 초과할 수 없도록 제한하는 것을 예로 들 수 있다. 그러나 직접적으로 사람 수를 제한하는 경우뿐만 아니라 한 분야 또는 한 기업당 외국인의 임금총액이 X%를 초과할 수 없도록 제한하는 경우도 해당된다고 하겠다.

한편, 국내취업 외국인 총수에 대한 제한도 있을 수 있으나 이는 서비스 공급인력의 이동에 대한 제한이 아니라 해외취업 문제이므로 별개 사안이라고 할 수 있다.

(e) 서비스 공급기업의 법적 형태나 합작투자에 대한 제한⁵⁴⁾ : 지사나 자회사, 대표사무소 등 상업적 주재형태에 대한 제한, 주식회사나 합명회사, 유한회사 등 법인형태에 대한 제한, 합작투자에 한하여 설립을 허용하거나 합작투자를 금지하는 등의 조치를 말한다. 예를 들면, 상업적 주재의 설립 중 대표사무소 제외, 외국은행은 지점설립을 불허하고 자회사만 설립허용, 회계사는 회계법인에 고용될 수 없으나 합명회사(Partnership)만 설립가능, 회계법인 또는 법무법인은 다른 법인으로 부터 재정 면이나 인사관계 면에서 독립되어야 하는 경우를 들 수 있다.

(f) 외국인 자본참여에 대한 제한⁵⁵⁾ : 1개 기업당 외국인 소유지분상한, 어느 한 서비스분야당 또는 동 분야의 1개 기업당 총 외국인 투자가액 상한 또는 외국인 1인당 투자가액 제한이 이에 해당한다.

53) GATS 제16조 제2항 (d).

54) GATS 제16조 제2항 (e).

55) GATS 제16조 제2항 (f).

이상 제16조 제2항의 여섯 가지 제한유형에서 이를 더 자세히 분석하면 애매모호한 점이 많이 발견된다.

첫째, (d)항의 고용인력에 대한 제한은 1개 기업당 고용인력 수의 제한과 1개 분야를 기준으로 한 제한이 모두 포함된다고 명시하고 있는 반면, (b), (c), (f)항은 그에 대한 언급이 없다. 따라서 (d)항에 대한 반대해석에 기초하여 제16조 제2항의 도입부와 연결하여 해석하면 양허표에 기재된 분야에 있어서 전국 또는 지역 기준으로 (b), (c), (f)항의 제한을 하지 말라는 것이 되므로 결과적으로 1개 기업당 제한은 16조 2항에 해당되지 않는다는 결론이 나올 수도 있다. 그러나 서비스협정 전체취지와 제16조의 입법취지에 기초하여 해석하면 1개 기업당 제한도 포함된다고 보는 것이 마땅할 것이다. 위의 사례도 이와 같은 해석에 기초하여 작성된 것임을 일러둔다.

또한, 제16조 2항 (a)~(d)와 (f)는 제한조치의 유형을 열거함에 있어서 제한의 내용뿐만 아니라 형태를 함께 규정하고 있다. 따라서 이 형태에 관한 요건이 제한의 내용과 동등한 성격의 이중요건(dual criteria)이나 아니면 예시에 불과한 것이냐가 문제될 수 있다.

예를 들어, 2항 (a)는 “수량쿼타, 독점, 배타적 서비스공급자 또는 경제적 수요심사 형태의 서비스공급자의 수에 대한 제한”이라고 되어 있는데, 제한의 형태가 수량쿼타나 독점, 과점, 경제적 수요심사가 아닌 다른 형태의 제한에 의해 서비스공급자의 수가 제한될 경우, 동 제한이 제16조 2항 (a)에 해당하느냐 여부가 문제될 수 있는 것이다. 이 문제에 대하여 양허표 작성에 관한 GATT사무국의 지침⁵⁶⁾은 “양적인 제한은 수량적으로 또는, 제16조 2항 (a)~(d)에 명시된 기준에 의해 표시될 수 있다”라고 함으로써 간접적으로 제한의 형태가 이중요건임을 밝히고 있다.

그러나 한국의 경우 건설업면허를 수시로 내주지 않고 매 3년마다 발급하는 제도가 있었는데 이에 대하여 일본과 캐나다는 실질적으로 서비스공급자 수를 제한하는 것이므로 시장접근에 대한 제한조치의 일종이라는 입장을 견지하였다. 한국으로서는 이를 양허표에 기재하면 동 제도를 안전하

56) GATT documents, MTN.GNS/W/164(3 September 1993).

게 유지할 수 있는데(동 제도의 유지가 과연 경제적으로 바람직한 것이냐는 별개 문제로 하고), 기재하지 않음으로써 나중에 분쟁대상이 되는 위험을 감수할 필요가 없기 때문에 양허표에 기재하지는 하였으나 제16조 2항을 엄격히 해석하면 동 조항 적용대상이 아니라고 할 수 있다.

그러나 서비스협정의 제정취지를 감안할 때에는 서비스공급자 수를 제한하는 효과가 있는 제한조치는 최대한 제16조에 해당하는 것으로 해석하게 될 가능성이 많으며 선진국들의 조문해석 경향이 또한 그러한 바, 앞으로 개도국들이 미처 양허표에 기재하지 않은 제한조치 또는 새로이 도입하는 규제조치를 둘러싸고 많은 분쟁이 야기될 것이다.

(2) 市場接近 約束과 資本移動

한 나라가 어떤 서비스분야에 시장접근 약속을 하였을 경우 외국서비스나 외국 서비스공급자가 그 시장에 진입하기 위해서는 자본의 이동이 필요하게 된다. 그러나 공급형태별 4가지 서비스 모두가 자본이동이 필요한 것은 아니다. ‘海外消費’는 당해국의 소비주체가 외국으로 나가는 것이기 때문에 외국자본의 유입과는 관계가 없으며 ‘자연인의 주재’ 역시 자본이동과는 관계없는 사항이다. 따라서 GATS 제16조 2항에는 다음과 같은 중요한 주석이 규정되어 있다.

“한 회원국이 제1조 2항 (a)에 규정된 공급형태를 통한 서비스공급과 관련하여 시장접근 약속을 한 경우, 만약 자본의 국경간 이동이 동 서비스 자체의 필요불가결한 일부분인 때에는 당해 회원국은 그러한 자본의 이동허용을 약속한 것으로 된다. 한 회원국이 제1조 2항 (c)에 규정된 공급형태를 통한 서비스공급과 관련하여 시장접근 약속을 한 경우에는 당해국 영토내로의 관련자본의 이동을 허용할 것을 약속한 것이다.”

제1조 2항 (a)의 공급형태는 國境間 서비스공급이며, 자본의 국경간 이동이 서비스 자체의 ‘필요불가결한 일부’인 경우란 곧 금융서비스를 말한다. 즉 외국에 있는 금융기관이 대부를 해주거나 또는 동 기관에 예금을 가입하거나 보험을 가입하는 경우에는 당해 자금의 국경간 이동이 가능해야만

외국으로부터 서비스공급이 이루어진다.

금융기관이 제공하는 금융서비스란 예금을 예치하고 이를 일정기간 운용한 후 원금과 이자를 지급하는 행위 등인데, 이에 따른 자금이 이동될 수 없는 경우에는 원천적으로 금융서비스가 공급될 수 없는 것이다. 따라서 금융서비스분야에 있어서 국경간 서비스공급에 시장접근 약속을 한다는 것은 곧 국제자본대차(국제금융신용)를 자유화한다는 것을 의미한다.

금융서비스 이외의 분야에서는 국경간 서비스공급이 이루어진다 하더라도 동 서비스에 대한 대가가 해외로 지불되는 것이지 금융서비스의 경우와 같이 자본이 이동하는 것은 아니다.

GATS 제1조 2항 (c)는 상업적 주재형태인 데 “당해국 영토내로의 관련된 자본의 이전”(related transfer of capital into its territory)이란 일차적으로 자회사, 지사 등 상업적 주재의 설립에 필요한 자본의 이전을 의미하는 것으로 해석될 수 있다.

그러나 제1조 2항 (c)는 상업적 주재의 ‘설립’을 규정하고 있는 것이 아니라 “당해국 영토내의 상업적 주재 자체”(through commercial presence in the territory of other member)를 규정하고 있기 때문에 설립 이후에 필요한 자본의 이전이 문제될 수 있다. 이와 관련하여 제기될 수 있는 것이 상업차관문제이다. 즉, 국내에 자회사 또는 지사를 설치하여 영업활동을 하던 중 결손보전을 위해서 또는 사업 확장을 위해서 추가자본이 필요한 경우 이를 본사로부터 들여와 증자(자회사의 경우) 또는 영업기금증식(지사, 지점의 경우)의 형태를 취하지 않고 외국금융기관으로부터 현금차관을 들여오는 행위를 “상업적 주재에 의한 서비스공급과 관련된 자본의 이전”이라고 보아야 하느냐 하는 문제이다.

주재국에서 현금차관도입을 허용하지 않을 경우 금융서비스 이외 기타분야의 서비스 공급기업은 굳이 현금차관도입을 고집할 이유는 없을 것이다. 해외에 있는 모기업이 기채하여 이를 증자형태로 보내주면 추가자본소요를 해결할 수 있을 것이기 때문이다.⁵⁷⁾

57) 외국은행 자회사나 지점의 경우 국내금융시장에 자금의 초과수요가 존재할 때 국제금융시장에서

GATS 제16조 주석⁵⁸⁾의 “관련자본의 이전”의 정의 및 범위가 무엇인지는 GNS에서 구체적으로 토의된 바 없으나, GATS의 제정취지나 GNS 협상 경위를 돌이켜볼 때 위와 같은 경우까지 포함하고자 한 것은 아니라는 것이다. 즉, 국내기업이 외국의 값싼 자금을 필요로 할 때 외국계 금융기관이 이를 중개하는 경우는 대출서비스의 국경간 공급문제로 보아야 할 것이며, 이에 대한 시장접근 약속을 하지 않았으면 구속되지 않는다고 할 수 있을 것이다.

국내소재 외국계 금융기관이 이를 일단 차입하여 그 다음에 국내 수요자에게 자금을 대부하는 경우에는 한층 복잡하다. 차입금의 이전을 “관련자본의 이전”이라고 보아야 하느냐 하는 문제이다. 이 역시 외국에 소재하고 있는 금융기관(자금도입선)으로부터의 대출서비스의 국경간 공급으로 분류할 수 있을 것이다. 그러나 이 외에 본사로부터 운영자금의 추가도입은 관련자본의 이전에 해당한다고 보아야 할 것이다.

(3) 市場接近 約束과 經濟的 需要審査

GATS 제16조 2항의 6개 항목 중 4개 항목에 경제적수요심사(Economic Needs Test : 이하 ENT)가 규정되어 있으나, ENT가 과연 무엇인지 그에 대한 확립된 정의는 없다. 다만, 일반적으로 기업설립요건에 있어서 공급되는 서비스의 질이나 공급자의 자격과는 관계없는, 공급업체수의 수요·공급에 관한 어떤 기준을 설정·운영하는 것과 같이 공급되는 서비스의 양, 공급업체 수, 서비스 거래가액 등에 관하여 정부가 수요·공급을 조절하는 행위라고 할 수 있다. 주유소설치의 거리제한(매 2km당 1개), 인구 5천 명당 약

저리의 자금을 들여와 국내대출재원으로 사용하고자 하는 유혹을 느끼게 될 것이다.

58) If a Member undertakes a market-access commitment in relation to the supply of a service through the mode of supply referred to in subparagraph of Article and if the cross-border movement of capital is an essential part of the service itself, that Member is thereby committed to allow such movement of capital. If a Member undertakes a market-access commitment in relation to the supply of a service through the mode of supply referred to in subparagraph of Article it is thereby committed to allow related transfers of capital into its territory.

국 1개소 등의 규제를 대표적 예로 들 수 있다. 그러나 ENT기준이 이와 같이 계량적, 객관적인 기준만 있는 것은 아니라는 데 문제가 있다. 특히 우리나라의 경우 모든 분야별 개별법에 보면 서비스 공급업체의 설립요건으로서 자본금, 시설, 기술인력 보유기준 외에 애매모호한 기준이 들어있다. 즉, “시장질서 또는 수급상황을 고려하여 주무장관이 적절하다고 판단하는 경우”라는 당국의 재량적 기준이 그것이다.

이와 같은 재량적 기준이 과연 ENT에 해당하느냐 여부는 다음과 같이 동 기준의 실제 운영상황에 따라 판단하여야 한다.

첫째, 당국의 자유재량에 따라 사례별로 면허를 내주기도 하고 안내주기도 하면 이는 ENT라 할 수 없으며, 그와 같은 경우에는 자국 양허표에 시장접근 약속을 할 수가 없다. 국경간 서비스공급이나 해외소비 등 다른 공급형태에 양허를 하는 경우에도 상업적 주재형태는 “무제한(unbound)”이 되어야 한다.

둘째, 재량적 기준이 실제 적용되지 않는 경우이다. 즉, 자본금, 시설, 기술인력 등 객관적인 기준에만 맞으면 자동적으로 사업면허가 나가는 경우에는 상업적 주재형태의 서비스공급에 있어서 시장접근에 대한 제한이 없는 것이라고 할 수 있다.

셋째, ENT에 해당하는 경우로서 동 재량적 기준을 구체적으로 규정한 내부지침이 있거나 현재는 그런 지침이 없지만 실제로 동 기준을 운영할 때 어떤 기준을 제정·운영하고자 하는 경우이다. 이번 분야에 있어서 상업적 주재의 설립에 ENT가 적용된다고 양허표에 유보했을 경우에는 외국업체의 설립인가 신청시 그러한 세부기준을 설명할 수 있어야 한다. 또한 무엇보다도 중요한 것은 ENT를 내·외국인 간에 차별없이 공평·무사하게 적용하였음을 입증할 수 있어야 한다는 것이다.

물론 ENT가 외국인에게만 적용되는 것으로 유보하였을 경우에는 외국인에 한하여 ENT를 적용할 수 있다고 하겠다. 그러나 ENT는 그 성격상 내·외국인에게 차별없이 적용되는 것이라고 보아야 마땅할 것이다. 왜냐하면 ENT란 그 자체가 수요·공급상황에 따라 인가하겠다는 것인데 내국인은

자유설립에 맡겨두고 다른 한쪽만 수요·공급상황을 심사한다는 것은 그 자체로서 개념이 성립할 수 없기 때문이다. 실제로도 UR협상에 있어서 외국인에게만 ENT가 적용된다고 유보한 나라는 하나도 없다.⁵⁹⁾

마. 國際機構의 資本과 投資關聯 協定

(1) 무역 관련 투자조치의 개념

貿易關聯投資措置(Trade Related Investment Measures ; TRIMs)란 외국인직접투자(Foreign Direct Investment ; FDI)와 관련하여 무역의 흐름을 제한 또는 왜곡시킬 우려가 있는 투자유치국의 각종 규제나 유인(incentives)을 가리키는 것으로서, 투자유치국의 정부가 외국인투자기업의 설립 및 영업활동에 관하여 법령·규칙이나 정책집행 등에 근거하여 취하는 조치로서 동 조치의 결과가 무역의 흐름을 제한하거나 왜곡할 수 있는 효과를 가져 올 수 있는 것을 가리킨다. 따라서 UR의 TRIMs협정은 각국의 외국인 투자와 관련된 조치의 무역왜곡 및 무역제한효과를 억제하기 위하여 처음으로 법적구속력을 가진 다자간 규범을 마련하였고, GATT체제를 공고히 한다는 데서 그 의의를 찾을 수 있다.⁶⁰⁾

(2) 貿易關聯投資措置의 主要內容

(가) 협정의 적용범위

제1조에 의하면 TRIMs와 관련된 본 협정은 상품교역과 직접적으로 관련된 투자조치에만 한정적으로 적용되며, 따라서 서비스교역과 관련한 투자조치나 무역제한 및 왜곡효과와 무관한 투자조치에는 적용되지 않도록 되어 있다. 이러한 범위설정은 투자조치 자체가 아닌 투자조치의 역효과를 제거하는데 국한되어야 한다는 인도나 브라질의 입장보다는 직접적이고 심각한

59) 한철수(주10), 전게서, p. 184.

60) 白允才, “貿易關聯投資措置(TRIMs)에 관한 UR協定の 意義와 分析”, 國際去來法研究 第4輯, 國際去來法學會, 1995, p. 111.

무역왜곡효과가 있는 투자조치를 금지대상으로 하여야 한다는 미국과 일본의 입장 및 무역왜곡이나 제한 효과가 있는 투자조치를 점진적으로 제거하여야 한다는 북구의 주장이 보다 많이 반영된 결과라고 할 수 있다.

(나) 내국민대우와 수량제한의 금지

본 조항은 TRIMs협정의 핵심을 구성하는 내용으로서 회원국으로 하여금 GATT 제3조(내국세 및 규제에 관한 내국민대우)와 제11조 1항(수량제한의 일반적인 금지)을 적용하여 이에 저촉되는 무역관련투자조치의 실시를 금지하도록 하는 것이다. GATT 제11조 수량제한철폐의무에서 회원국은 다른 회원국 영역으로부터 수입에 대하여 할당제, 수입허가, 수출허가 또는 기타 명목여하를 불문하고 관세나 과징금을 제외한 금지 또는 제한을 설정하거나 유지하여서는 안된다는 내용이다. 이러한 GATT의 기본적인 규정에 충실하여, 투자유치국에서 가장 빈번하게 사용되고 그 결과 마찰도 가장 많았던 기술이전의무 및 외국인지분참여제한에 대하여, 미국은 이들 조치의 금지를 동 협정에 포함시킬 것을 주장하였으나, EC와 일본 등이 반대하여 협상에 포함되지 못하였다. 이처럼 GATT 제11조가 수량제한을 철폐하려는 것은 수량이 제한되면 이익을 극대화하기 위한 각종의 무역왜곡현상이 발생되기 쉽기 때문이다.⁶¹⁾

(다) 협정의 적용제외

TRIMs협정 제3조는 제2조에 규정된 금지에 대하여 GATT규정상의 모든 예외조치가 적절하게 적용된다고 규정하면서 개별적인 별도의 예외조치에 관하여는 규정하고 있지 않다.

61) GATT 제11조는 동 조항에 대한 예외로 다음과 같은 사항을 규정하고 있다. 첫째, 회원국에 필수불가결한 식료품등과 물품의 위급한 부족을 방지하거나 완화하기 위하여 일시적으로 적용한 수출금지 또는 제한, 둘째, 국제무역에 있어서 상품의 분류 또는 판매에 관한 기준 또는 규칙적용을 위하여 수입이나 수출을 금지하거나 제한하는 경우, 셋째, 농업 또는 어업생산물에 대한 수입제한으로서 제한된 범위 하에 정부조치를 실시하기 위하여 필요한 조치 등.

第3節 GATS 國內規制 作業班 論議現況과 爭點

전문직서비스 작업반의 후속으로 1999년 4월 서비스교역이사회는 국내규제 작업반(Working Party on Domestic Regulation)을 설립하였다.⁶²⁾ 동 작업반은 GATS 제6조 4항에서 규정된 바에 따라 자격요건 및 절차, 기술표준, 면허요건 및 절차 등과 관련한 조치가 서비스 교역에 불필요한 장벽으로 작용하지 않도록 하는데 필요한 규범을 개발하도록 설립되었다. 동 작업반의 작업은 전문직서비스 작업반의 후속 작업인 전문직서비스분야의 일반적인 규범의 개발도 포함하도록 되었다.

동 작업반은 전 분야에 일반적으로 적용될 수 있는 규범을 개발하도록 하였고, 필요한 경우 개별분야나 특정분야의 그룹에 적절한 규범을 개발할 수 있도록 되었다. 그리고 작업결과로서의 권고안은 향후 새로운 서비스협상 종료시까지 제출하도록 되었다. 지금까지 논의된 쟁점사항들의 논의 배경은 다음과 같다.⁶³⁾

1. 國內規制의 必要性 審査

필요성 심사는 서비스교역의 확대를 도모하는 동시에 각국 정부의 규제권을 보호하려는 두 가지 상충되는 목적을 조화하기 위해 마련된 수단이다. 이러한 논의 배경에는 서비스무역의 특성상 국내규제가 실질적인 장애로 작용할 수 있으므로 서비스무역에 대한 국내규제를 마련하는 경우, 각국이 정책목적을 달성하는데 필요한 정도로만 하고, 그 이상의 규제는 교역에 장애가 되는 것으로 판정하자는 것이다. 이러한 필요성 심사의 근거는 WTO

62) 이에 따라 전문직서비스 작업반은 종료되었고, 그 후속작업은 국내규제 작업반으로 이관되었다.

63) WTO Secretariat, "Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services", S/C/W/96(1 March 1999).

관련 협정들과 GATT의 사례에서 찾아 볼 수 있다.⁶⁴⁾

가. WTO관련 協定

GATS에서 논의되는 국내규제에 대한 필요성 심사는 기존 무역관련 기술장벽협정(Agreement on Technical Barrier to Trade : TBT협정)과 위생 및 검역조치 협정(Sanitary and Phytosanitary Measures : SPS협정)에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 또한 이러한 필요성 심사와 관련 있는 조항으로 GATS 제14조와 통신부속서의 일반적인 예외조항을 들 수 있다.

첫째, 현행 TBT협정 제2조 2항에서는 기술규제와 표준에 대한 필요성 심사에 대한 규정을 두고 있다. “회원국은 기술규제가 국제교역에 불필요한 장애를 만들기 위해서나 또는 그러한 효과를 갖게 고안, 채택, 적용되지 않도록 보장하여야 한다. 이러한 목적을 위해 기술규제는 정당한 목적의 미달성이 초래할 위험을 참작하여 그러한 목적의 달성에 필요한 이상으로 교역에 제한적이어서는 안 된다. 그러한 정당한 목적으로 국가안보, 사기성관행의 방지, 건강 및 안전보호, 동식물의 생명 및 건강, 환경 등을 들 수 있다. 위험을 평가하는데 고려할 요소로 이용 가능한 과학기술정보, 관련가공기술, 상품의 의도적 최종목적 등이 있다.”

TBT협정의 제2조 3항에 따르면, 기술규제는 당초 상황이나 목적이 더 이상 존재하지 않을 경우 또는 변화된 상황이나 목적이 보다 덜 교역제한적인 방법으로 충족될 수 있을 경우 더 이상 유지되어서는 안 된다고 규정하고 있다.

둘째, SPS 협정 제2조 2항과 제5조 6항은 위생과 검역 관련 조치에 대한 필요성 심사를 다음과 같이 규정하고 있다. “회원국은 어떠한 위생검역 조치도 인간과 동식물의 생명과 건강을 보호하기 위해 필요한 정도에 한해서만 적용되어야 함을 보장하여야 한다”.⁶⁵⁾

64) 법무부, GATS 국내규제연구, 2000, p. 21.

65) SPS 협정 제2조 제2항.

“적절한 수준의 위생검역 보호를 달성하기 위한 위생검역 조치를 설정할 경우 회원국은 기술적 경제적 실행가능성을 참작하여 그러한 조치가 적절한 수준의 위생검역 보호를 달성하는데 요구되는 이상으로 교역을 제한하지 않도록 보장하여야 한다.”⁶⁶⁾

셋째, GATS 제14조⁶⁷⁾의 일반적 예외규정은 필요성과 관련하여 회원국이

66) SPS 협정 제5조 제6항.

67) GATS Article 14(General Exceptions) provides, Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

(a) necessary to protect public morals or to maintain public order ; The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;

(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;

(iii) safety;

(d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective Measures that are aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes include measures taken by a Member under its taxation system which:

(i) apply to non-resident service suppliers in recognition of the fact that the tax obligation of non-residents is determined with respect to taxable items sourced or located in the Member's territory; or

(ii) apply to non-residents in order to ensure the imposition or collection of taxes in the Member's territory; or

(iii) apply to non-residents or residents in order to prevent the avoidance or evasion of taxes, including compliance measures; or

(iv) apply to consumers of services supplied in or from the territory of another Member in order to ensure the imposition or collection of taxes on such consumers derived from sources in the Member's territory; or

(v) distinguish service suppliers subject to tax on worldwide taxable items from other service suppliers, in recognition of the difference in the nature of the tax base between them; or

(vi) determine, allocate or apportion income, profit, gain, loss, deduction or credit of resident persons or branches, or between related persons or branches of the same person, in order to safeguard the Member's tax base.

다음과 같은 경우에 필요한 조치를 채택하거나 집행할 수 있도록 하고 있다. 즉 공공(public morals)을 보호하거나 공공질서를 유지하고, 인간과 동식물의 생명과 건강을 보호하며, GATS규정과 합치하는 법률과 규정의 준수를 보장하는 경우를 규정하고 있다. 단, 그러한 조치가 국가간 자의적이거나 정당하지 않은 차별수단으로 작용하거나 서비스교역에 대해 위장된 제한이 아니어야 한다.

GATS 제14조의 일반적 예외 규정의 필요성 심사와 TBT협정이나 GATS 제6조 4항(회계규범)의 필요성 심사와의 차이는 전자는 협정의 위배가 되는 조치를 포함하는 반면, 후자는 협정상 의무에 위배되는 것을 정당화하는 것으로 사용될 수 없다는 것이다. 즉, GATS 제14조는 협정의 일반적인 예외로서 자의적으로 또는 정당화 될 수 없게 차별적이거나 교역을 제한하는 가장된 수단으로 작용되지 않는 한 협정의 의무를 위배하는 차별적인 조치를 허용하는 경우를 규정하고 있다.

나. GATT의 사례

필요성 심사는 정당한 정책목적과 연계되어 있다. 즉 그러한 국내규제의 근거가 되는 정책목적이 정당한가를 우선 판단하여야 한다. 1994년 미국의 자동차세에 대한 패널보고서는 GATT 제20조 (g)하의 분석에서 가장 처음 단계는 그러한 정책이 자연자원의 보존을 위한 정책범위에 속하는 것인가를 결정하는 것이라고 언급한 바 있다.

1990년 태국의 담배수입제한과 내국세에 대한 패널보고서⁶⁸⁾도 필요성 심

Tax terms or concepts in paragraph (d) of Article XIV and in this footnote are determined according to tax definitions and concepts, or equivalent or similar definitions and concepts, under the domestic law of the Member taking the measure. imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;

(e) inconsistent with Article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation or provisions on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound.

68) GATT Panel Reports, "Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on

사 이전에 정책목적의 정당성에 중점을 두어 다음과 같이 서술하고 있다. “본 패널은 흡연이 인간의 건강에 심각한 위협으로 작용하므로 담배소비를 감소시키는 조치는 GATT 제20조 (b)의 범주에 해당한다는 것을 인정한다. 본 패널은 이 조항이 회원국으로 하여금 교역의 자유화보다 인간의 건강에 우선순위를 두는 것을 명백히 허용하고 있다는 것을 주목한다. 그러나 담배소비를 감소시키는 조치가 제20조 (b)의 적용을 받기 위해서는 그러한 조치가 필요한 것이어야 한다.”

일단 정책목적의 정당성이 조치를 정당화하면 다음 단계는 그 조치가 당해 정책 목적을 달성하기 위해 필요한가를 입증하는 것이다. 동일한 목적을 달성하는데 만족할 만하고 효과적인 대안이 이용 가능할 경우에는 그러한 조치는 필요한 것이라고 간주될 수 없다. 이러한 측면에서 1983년 미국의 자동차 스프링조립 수입에 대한 패널보고서는 다음과 같이 분석하였다.⁶⁹⁾

“본 패널은 미국 국제무역위원회(International Trade Commission : ITC)의 행위가 GATT 제20조 (d)의 관점에서 미국의 특허법과의 합치를 위해 필요한 것이었는가를 고려하였다. 이와 관련하여 본 패널은 특허 소지자에게 특허위배에 대해 충분하고 효과적인 시정조치를 제공하는 대안이 존재하였는가를 분석하였다.”

동등하게 만족할 만하고 효과적인 대안이 존재할 경우 필요성 심사는 회원국으로 하여금 합당하게 이용 가능한 조치 중 교역제한 정도가 가장 작은 조치를 사용하도록 요구하게 된다. “합당하게 이용 가능한 가장 덜 교역제한적인 조치(reasonably available least restrictive of trade means)”의 의미에 대해서 1989년 미국의 1930년 관세법 337조에 대한 패널보고서에서 분석되었다.⁷⁰⁾

“본 패널은 회원국이 합당하게 사용하리라고 기대되고 다른 GATT 규정

Cigarettes”, BISD 37S/200(Adopted 7 November 1990).

69) GATT Panel Reports, “United States-Imports of Certain Automotive Spring Assemblies”, BISD 30S/107(Adopted 26 May 1983).

70) GATT Panel Reports, “United States Section 337 of the Tariff Act of 1930”, BISD 36/345(Adopted 7 November 1989), para. 5.26.

과 합치되는 대안이 이용 가능할 경우 다른 GATT규정과 합치되는 조치가 합당하게 이용하지 않을 경우에는 이용 가능한 조치 중 다른 GATT조치와 불일치 정도가 가장 작은 조치를 사용하여야 한다.”

2. 國內規制의 透明性 問題

투명성과 관련하여서는 GATS 제3조에서 규정하는 다음과 같은 의무들에 가치를 부과하는 것이 필요하다. 따라서 각 회원국은 GATS의 운용에 영향을 미치는 모든 관련 조치를 즉시 공표하고,⁷¹⁾ 양허된 분야에 있어서의 서비스교역에 심각한 영향을 미치는 법률, 규정, 행정지침 등에 대한 변경이나 신설을 서비스교역이사회에 통보하며,⁷²⁾ 문의처(enquiry points)를 설정하여 일반적으로 적용되는 모든 조치에 관한 정보에 대한 다른 회원국의 요청에 신속하게 답변⁷³⁾해야 할 의무를 가진다. 이 경우 자격요건 및 절차, 기술표준, 면허요건 및 절차 등에 대해서만 적용되는 투명성에 관한 규범을 개발하는 것이 바람직한지를 고려할 필요가 있다.

1998년 12월 24일 서비스교역이사회는 전문직서비스 작업반에서 개발한 “회계분야에서의 국내규제에 관한규범”(Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector)을 채택하였다.⁷⁴⁾ 동 규범에서, 투명성 관련 원칙은 이러한 GATS 제3조상의 의무에 더 추가하는 것이 아니라, GATS 제3조의 적용을 보다 더 명확하게 하였다. 즉, 회계규범에서는 다음과 같이 관련 당국의 연락처를 포함하여 회계서비스 분야에서의 요건에 관한 특정 정보를 공표하도록 하고 있다. 동 규범은 “회원국은 문의처 및 연락관

71) GATS 제3조 제1항.

72) GATS 제3조 제3항.

73) GATS 제3조 제4항.

74) Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, WTO Restricted S/WPPS/W/21, 1998.11.30.

(contact points)을 통하여 관련 당국(예를 들어, 면허나 회계규제에 책임이 있는 정부 또는 비정부기구)의 명칭과 주소를 공표하여야 한다.”⁷⁵⁾고 규정하고 있고, 또한 “회원국은 문의처 및 연락관을 통하여(a) 규제를 받거나 특정 기술표준과 합치해야 하는 활동이나 전문자격증을 기술하는 정보, (b) 면허나 전문자격을 획득, 갱신, 보유하기 위한 요건 및 절차와 관련 당국의 모니터링, (c) 기술표준에 관한 정보, (d) 요청이 있을 경우 특정 전문가나 회사가 영토 내에서 영업을 할 수 있는가에 대한 확인 등을 공표하거나 보장하여야 한다.”⁷⁶⁾고 규정하고 있다. 그리고 동 규범에서는 “GATS 제6조 2항에 규정된 바와 같이 행정결정의 검토절차와 관련하여 검토를 요청하는 시한을 포함한 상세한 정보가 공표되어야 한다.”⁷⁷⁾고 규정하고 있다.

이와 같은 회계규범의 투명성 원칙은 특정분야의 관점에서 유용할 수 있지만, GATS 제3조의 적용범위를 고려할 때 수평적으로 모든 서비스 분야에 적용될 수 있는지는 명확하지 않다. 그러나 다음 사항들은 국내규제에 관한 수평적 규범의 개발에 고려할 만한 것으로 보인다. ‘회원국이 정책 목적을 달성하기 위해 필요하다고 여기는 요건의 논리 제공’⁷⁸⁾이나, ‘서비스교역에 심각한 영향을 미치는 조치의 채택 이전에 검토의견을 제출할 기회를 제공’⁷⁹⁾에 대한 규정은 회원국들의 국내규제에 대해 투명성을 제고시키는 중요한 요소이다. 이는 또한 회원국들로 하여금 국내규제 조치와 당해 정책 목적간의 관계를 설명하게 함으로써 국내규제 조치의 필요성 심사를 강화시키는 수단이 될 수 있다.

75) op. cit.,74, para. 3.

76) op. cit.,74, para. 4.

77) op. cit.,74, para. 7.

78)op. cit.,74, 5: TBT협정 제5조 5항.

79)op. cit.,74, para. 6.

3. 國內規制의 同等性

외국 서비스공급자가 자격이나 기타 기준을 충족하는 것을 보장하기 위해 규제당국은 국내자격과 외국자격의 동등성을 평가하는 것을 요구받게 된다. 많은 경우 외국 서비스공급자에게 면허나 시험을 요구하거나 同等성을 입증하는 조건을 충족시키기를 요구한다. 그러한 시험은 국내기준이 충족되는 것을 보장하기 위해 부과되는 것이므로 國內規制로 간주될 수 있다. 이러한 상황에서 규제당국은 외국 서비스공급자가 본국에서 획득한 자격을 고려하고 그에 따라 추가적인 요건들을 수정해야 할 경우가 있게 된다. 이러한 동등성의 개념은 회계규범의 자격요건조항, TBT협정 제2조 7항, SPS협정 제4조 1항에서 다음과 같이 이미 사용되었다.

회계규범 19항에서 자격요건에 대해, 회원국은 규제당국이 다른 회원국의 영토에서 획득한 자격을 교육, 경력, 시험요건 등의 동등성에 기초하여 참작하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 TBT협정에 따르면, 회원국은 다른 회원국의 기술규제가 자국의 규제의 목적을 충분히 충족시키면 이러한 규제가 자국의 규제와 다르다고 하여도 이를 동등한 기술규제로 인정하는 것을 긍정적으로 고려하여야 한다고 규정되어 있다.⁸⁰⁾

뿐만 아니라 SPS협정에 따르면, 수출국이 수입국에게 자국의 위생검역 조치가 수입국의 위생검역의 적절한 보호수준을 달성한다는 것을 객관적으로 입증하면, 수입국은 이러한 수출국의 위생검역조치를 동등한 것으로 인정하여야 한다고 규정하고 있다.⁸¹⁾ 따라서 수입국의 규제당국은 서비스공급을 위한 국내의 자격과 외국의 자격이 그 내용상 동일하다는 판단이 내려지면, 외국의 자격과 국내자격을 동일한 것으로 인정할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

80) TBT협정 제2조 7항.

81) SPS협정 제4조 1항.

4. 國際的 標準

GATS 제6조 5항⁸²⁾은 각 회원국의 면허, 자격, 기술표준 등의 요건이 필요성, 투명성, 객관성의 원칙에 합치하는지의 여부를 관련분야의 국제기구의 국제적 표준을 참작하여 결정되어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 관련 국제기구라 함은 그 회원가입이 WTO 전 회원국에게 개방되어 있는 국제기구이어야 한다. 이러한 규정은 국제적 표준을 단지 참작하게 함으로써 이에 기초하여 필요성을 추정하는 것에 미치지 못한다고 볼 수 있다. 국제적 표준에 기초한 필요성의 추정은 필요성 심사를 활성화시키는 동시에 국제적 표준을 사용하는 강한 인센티브로 작용할 것이다.

국제적 표준에 기초한 추정은 다음과 같은 TBT협정과 SPS협정의 조항에 포함되어 있다. 즉, 정당한 목적을 위해 기술표준이 마련되고, 채택되며, 적용될 경우 이러한 기술표준이 국내적 표준과 합치하면, 국제교역에 불필요한 장애를 초래한다고 추정되지 않는다.⁸³⁾ 국제적 표준, 가이드라인, 권고 등과 합치하는 위생검역 조치는 인간과 동식물의 생명 및 건강을 보호하기 위해 필요한 것으로 간주하여야 하고, 본 협정과 GATT 1994 협정의 관련 규정과 합치되는 것으로 추정된다.⁸⁴⁾

또한 TBT협정과 SPS협정은 회원국들의 기술표준의 기초로서 국제적 표

82) GATS Article 6. ⑤. provides,

(a) In sectors in which a Member has undertaken specific commitments, pending the entry into force of disciplines developed in these sectors pursuant to paragraph 4, the Member shall not apply licensing and qualification requirements and technical standards that nullify or impair such specific commitments in a manner which:

(i) does not comply with the criteria outlined in subparagraphs(b) or (c); and

(ii) could not reasonably have been expected of that Member at the time the specific commitments in those sectors were made.

(b) In determining whether a Member is in conformity with the obligation under paragraph 5(a), account shall be taken of international standards of relevant international organizations(The term “relevant international organizations” refers to international bodies whose membership is open to the relevant bodies of at least all Members of the WTO.) applied by that Member.

83) TBT협정 제2조 5항.

84) SPS협정 제3조 2항.

준을 사용하도록 요구하는 다음과 같은 중요한 규범을 포함하고 있다. 즉 기술표준이 요구되고 이와 관련된 국제적 표준이 존재하는 경우 회원국은 자국의 기술표준의 기초로서 이러한 국제적 표준을 사용하여야 한다. 단, 이러한 국제적 표준이 근본적인 기후 및 지리적 요소나 기술적 문제로 인해 추구하는 정당한 목적을 달성하는 효과적이지 않거나 적합하지 않는 경우는 제외한다.⁸⁵⁾ 본 협정의 달리 규정된 경우를 제외하고 위생검역 조치를 조화하기 위해 회원국은 자국의 위생검역 조치를 국제적 표준에 기초하도록 하여야 한다.⁸⁶⁾ 아울러 TBT협정과 SPS협정은 WTO회원국들로 하여금 국제적 표준을 제정하는 작업에 관여하도록 요구하고 있다.

이와 같이 TBT협정과 SPS협정은 국내규제의 필요성에 대한 추정을 국제적 표준에 기초하게 함으로써, 단순히 국제적 표준을 참작하도록 규정하고 있는 GATS 제6조 5항 보다 강한 규범이므로 향후 GATS 제6조 4항이 규정하고 있는 필요성심사규정에 대하여 시사하는 바가 크다고 하겠다. 그러나 관련 국제기구의 국제표준 제정작업에 적극적으로 참여하도록 요구하는 규정은 서비스분야의 다양한 특징을 반영할 필요가 있을 것이다.

第4節 WTO/GATS와 保健醫療서비스의 關係

1. 保健醫療서비스 定意

‘보건의료’함은 보건서비스(health service)에 의한 산물로 육체적, 정신적 및 사회적 안녕을 회복, 유지, 증진할 목적으로 하는 개인 또는 공공의 모

85) TBT협정 제2조 4항.

86) SPS협정 제3조 제1항.

든 활동을 의미한다. 이에 대해 일반적 의미에 있어서의 의료는 좁은 의미의 醫療(medical care)로서 병원이나 기타 시설(의료기관)에서 의사와 의료요원이 의료를 국민에게 서비스하기 위한 조직적 마련이라고 정의할 수 있다.⁸⁷⁾ 따라서 보건의료라 함은 신체적, 정신적 및 사회적으로 건강한 상태로 회복, 유지, 증진시키기 위하여 국가, 지방자치단체, 보건의료기관 및 보건의료인이 행하는 제반활동을 말한다. 보건의료기본법에 따르면, 보건의료와 관련된 각 용어의 정의는 다음과 같다. 보건의료서비스는 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 보건의료인이 행하는 모든 활동을 말한다고 정의하고 있다.⁸⁸⁾ 보건의료인에 대한 정의는 보건의료관계 법령이 정하는 바에 의하여 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자⁸⁹⁾들로 규정하고 있다. 또한 보건의료기관은 보건의료인이 공중 또는 특정 다수인을 위하여 보건의료서비스를 행하는 보건기관·의료기관·약국 기타 대통령령이 정하는 기관⁹⁰⁾으로 규정하고 있고, 공공보건의료기관은 국가·지방자치단체 기타 공공단체가 설립·운영하는 보건의료기관을 말한다⁹¹⁾고 규정하고 있다. 보건의료정보는 보건의료와 관련한 지식 또는 부호·수자·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료를 말한다⁹²⁾고 정의하고 있다.

87) 한국의료법학회·보건의료법학 편찬위원회, 보건의료법학, 동림사, 2002, pp. 170-171.

88) 보건의료기본법, 제3조 2항.

89) 보건의료기본법, 제3조 3항.

90) 보건의료기본법, 제3조 4항.

91) 보건의료기본법, 제3조 5항.

92) 보건의료기본법, 제3조 6항.

2. 保健醫療서비스의 分類

가. WTO/GATS서비스 分類下의 保健醫療서비스

GATS Scheduling Guideline상의 분류(W/120)는 UNCPCLIST(United-Nations Central Product Classification list)⁹³⁾를 토대로 WTO사무국에 의해 준비되어진 양허표에 따라 서비스와 관련하여 작성되어졌다. 보건서비스는 “사업서비스”와 “보건사회서비스” 분야로 분류된다. 네 자리수(CPC No 93191제외)를 넘는 정의와 분류는 CPC list에서만 발견된다. GATS하의 보건서비스는 다음과 같이 분류된다.⁹⁴⁾

1. 사업서비스(Business Services)

A. 전문직 서비스 (Professional services)

h. 의료 및 치의료 서비스(Medical and dental services : CPC 9312) - 서비스는 주로 공공의 간호 없이 상담을 통하여 질병의 예방, 진단과 처치를 하는데 목적이 있다.

i. 수의 서비스(Veterinary services : CPC 932)

j. 조산원, 간호사, 물리치료사, 의료보조인력이 제공하는 서비스(Services provided by midwives, nurses, physiotherapists and paramedical personnel : CPC 93191)

k. 기타(Other)

8. 보건관련 서비스 및 사회서비스(Health Related and Social Services)

A. 병원서비스(Hospital services : CPC 9311) : 주로 입원환자에게 의사의 지휘 하에 구조된 서비스는 건강상태를 치료, 회복 또는 유지하는데 목적이 있다.

B. 기타 보건 서비스(Other Human Health Services : CPC 9319) : morphological or chemical pathology, bacteriology, virology, immunology,

93) WTO, “SERVICES SECTORAL CLASSIFICATION LIST”, MTN.GNS/W/120(10 July 1991)

94) WTO Council for Trade in Services, “Health And Social Services-Background Note”, S/C/W/50(18 September 1998), p. 22.

...blood collection services...의학적 진단에 보조적인 임상검사실의 개별 서비스 등.

C. 사회 서비스(Social Services)

D. 기타 서비스(Other)

위에서 분류된 바와 같이, 보건의료서비스는 사업서비스(Business Services)의 전문직 서비스 (Professional services)에 해당하고, 병원서비스와 기타 보건 서비스는 보건관련 서비스 및 사회서비스(Health Related and Social Services)에 분류되어 있다. 동종성의 기준은 이 분류표에 근거하여 구분한다고 할 것이다.

나. 우리나라의 서비스산업 分類體系上 保健醫療

우리나라의 표준산업분류는 유엔의 국제산업분류(1차 개정 : '58년)에 기초하여 작성된 것으로, 이는 지식·정보화 사회를 대비하고, 서비스 산업활동의 비중 증대 및 전문화추세를 반영하기 위하여 전면적인 개정 필요성에 의해 8차에 걸쳐 개정되어 왔다. 우리나라의 현재의 표준산업분류는 1998년 4월 개정작업에 착수 착수하였으며, 통계청고시 제2000-1호(2000.1.7)로 확정·고시되어, 2000년 3월 1일부터 시행하게 되었다.⁹⁵⁾ 산업분류의 분류항목에 따른 대분류는 A(01-02)항에서부터 T(99)항까지 분류되어 있다. 이러한 분류 가운데 보건의료서비스분야는 P. 보건 및 사회복지사업(85-86)분야에 해당한다. 이 대분류에는 의료업, 수의업과 사회복지사업 활동이 포함된다. 보건업(85)은 의료업(851)과 수의업(852)으로 세분화 된다. 의료업(851)에는 인간의 건강유지를 위한 각종 질환의 예방과 치료를 위한 보건서비스를 제공하는 병원, 의원 및 기타 의료기관과 의료관련서비스를 제공하는 기관이 포함된다. 수의업(852)은 동물질병의 예방, 치료 및 수의학적 업무를 수행하는 기관을 말한다. 사회복지사업은(86) 정부 또는 비정부기관에서 조성한 이전지출기금 또는 자선기금에 의하여 아동, 노령자, 장애자 등과 같이 자

95) 통계청, 한국표준산업분류, 행법사, 2000, p. 7.

립능력에 제약을 받는 특정 범주내의 사람을 보호하기 위한 각종 사회복지 서비스를 제공하는 수용복지시설 또는 비수용복지기구를 말한다.⁹⁶⁾

여기서 의료업(851)은 인체질환의 예방과 치료를 위한 보건서비스를 제공하는 산업활동을 말한다. 의료업에는 종합병원, 병원, 의원, 치과병원 및 치과의원, 한방병원 및 한방의원, 조산원, 구급차서비스, 의료실험실 서비스 등이 포함된다. 의료업의 세부분류는 병원(8511),⁹⁷⁾ 종합병원(85111),⁹⁸⁾ 일반병원(85112),⁹⁹⁾ 치과병원(85113),¹⁰⁰⁾ 한방병원(85114),¹⁰¹⁾ 의원(8512),¹⁰²⁾ 일반의원(85121),¹⁰³⁾ 방사선진단 및 병리검사의원(85122),¹⁰⁴⁾ 치과의원(85123),¹⁰⁵⁾ 한의원(85124), 공중보건의료업(8513), 공중보건의료업(85130),¹⁰⁶⁾ 기타의료업(8519),¹⁰⁷⁾ 조산원(85191),¹⁰⁸⁾ 유사의료업(85192),¹⁰⁹⁾ 구급차서비스(85193),¹¹⁰⁾ 그 외 기타의료업(85199)¹¹¹⁾으로 분류하고 있다.

96) 통계청, 전계서, pp.521-527.

97) 종합병원, 병원, 정신질환, 결핵병원, 나병원 및 유사보건기관에서 입원시설을 갖추고 의사가 입원환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

98) 100인 이상 입원시설과 일정수준 이상의 진료과목을 설치하고 의사가 입원환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

99) 30인 이상의 입원시설을 갖추고 의사가 입원환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

100) 입원시설을 갖추고 치과의사가 입원환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

101) 입원시설을 갖추고 한의사가 입원환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

102) 외래환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

103) 치과 및 한의원, 방사선진단 및 병리검사의원을 제외하고, 전문의 또는 일반의사가 외래환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다. 이 진료기관은 일정규모 이하의 입원시설을 갖춘 경우도 있다.

104) 혈액검사 및 진단촬영을 포함한 진단서비스를 제공하는 의료기관을 말한다.

105) 치과의사가 외래환자를 위주로 진료행위를 하는 의료기관을 말한다.

106) 관할구역에서 정부기관이 일반국민을 대상으로 각종 질병의 예방, 공중보건, 건강관리 및 의료행위를 하는 기관을 말한다.(예 : 보건소, 보건지소)

107) 병원 및 의원 이외의 보건의료활동 기관을 말한다.

108) 조산사가 조산업무를 수행하는 산업활동을 말한다.(제외 산후조리원(93993))

109) 침구 등의 유사의료행위를 행하는 산업활동을 말한다.

110) 자동차, 선박 및 항공기 등으로 환자이송과 응급치료를 하는 산업활동을 말한다. 차량에는 훈련된 직원이 조작하는 응급구조장비가 장착되어 있다.

3. 保健醫療서비스 讓許 現況 및 論議動向

가. GATT/UR 당시 保健醫療서비스 讓許 現況

각국의 讓許表는 서비스무역에 관한 각국의 약속을 기재한 표이며 GATS의 불가분의 일부를 이룬다. GATT와 마찬가지로 몇 가지 예외를 제외하고는 양허표에서 각국의 서비스무역 개방의 약속은 보다 자유화시키는 방향으로만 변경시킬 수 있다.¹¹²⁾ 또한 양허를 위한 분류는 모든 서비스를 UNCPD에 따라 12개 대분류와 155개의 하위분류(sub-sector)로 구분하였다. 160개 하위분야 기준으로 양허하였는데, 20개이하 양허국은 44개국(개도국 및 최빈 개도국)이었고, 21-60개 양허국은 브라질, 인도, 이스라엘, 필리핀 등 47개국이었다. 61개 이상 양허국은 호주, 한국, 일본, 미국, 홍콩, 태국 등 45개국 이었다.¹¹³⁾ 그리고 1994년 UR 협상 타결시 의료전문서비스에서 의료 및 치과 서비스는 49개국이, 간호 및 조산사 등의 서비스는 26개국이 양허한 바 있으며, 보건사회서비스에서 병원서비스는 39개국, 기타 보건서비스는 13개국, 사회서비스는 19개국, 기타 3개국이 양허한 바 있다.¹¹⁴⁾ 우리나라는 보건의료서비스 부문에 대해서 전혀 양허를 하지 않았다.

보건의료서비스 분야에서 선진국은 대체로 의료전문직보다는 병원 등 보건 관련 시설서비스에 대해 양허를 많이 한 편이다.¹¹⁵⁾ 미국과 일본은 의료전문직을 제외하고 병원에 대해서만 양허를 하였고, 미국은 ENT를 기재하

111) 독립적인 간호사를 포함한 기타 의료행위를 하는 산업활동을 말한다.(예 : 혈액은행, 장기은행, 의무기록서비스, 독립적인 간호사)

112) 서철원(주6), 전게서, p. 114.

113) UN CPC 11개 대분류 기준 양허현황

관광	128개국	운송	84개국	유통	52개국
금융	106	건설	74	건강	48
사업	103	오락	63	교육	46
통신	99	환경	54		

114) UR 협상시 양허현황

였으며, 일본은 자본 참여만 허용하고 있다.

EU는 의료전문직과 병원 모두를 양허하였으나, 일부 회원국은 ENT와 국적 요건 등 제한을 두고 있다. 호주는 의료전문직 중 치과의사와 수의사, 보건 사회서비스 중 족병(足病:podiatry) 등 일부 분야에 대해서만 양허를 하였다. 개도국 중 동구권 국가들은 대체로 양허수준이 선진국 수준인 것으로 평가된다. 폴란드는 의료전문직과 병원 및 요양소(sanatorium)에 대해 양허를 하였으나, 국적요건 및 허가를 요하는 제한을 두고 있고, 체코도 의료전

Sector	개방회원국수 (Mode1-3) ^a	국경간공급 (Mode1)			해외소비 (Mode2)			상업적주재 (Mode3)		
		완 전	부 분	비 양 허	완 전	부 분	비 양 허	완 전	부 분	비 양 허
Medical and Dental servies	49(12) ^b	17	6	26	38	7	4	19	24	6
Veterinary services	37(10) ^c	17	2	18	33	1	3	19	14	4
Midwives, nurses, etc	26(4) ^d	6	4	16	21	5	0	10	16	0
Other(incl. medical serv.)	3(1) ^e	2	1	0	2	1	0	1	2	0
Hospital services	39(9) ^f	11	1	27	31	5	3	18	17	4
Other human health services	13(6) ^g	6	1	6	6	5	2	8	4	1
Social servies	19(2) ^h	3	0	16	4	13	2	5	13	1
Other health and social serv.	3(2) ⁱ	2	1	0	2	1	0	2	1	0

a. Full commitments for both market and national treatment and no limitation in sectoral coverage.

b. Brunei Darussalam, Burundi, Congo, Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Guinea, Hungary, Iceland(subject to language requirement), Malawi, Norway, Rwanda, South Africa; Zambia.

c. Australia, Burundi, Congo, Finland, Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Lesotho, Qatar, Singapore, South Africa, Saudi Arabia(subject to horizontal limitation for mode 3).

d. Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Malawi, Norway, Zambia.

e. Iceland.

f. Burundi, Ecuador, Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Hungary, Jamacia, Malawi, Saint Lucia, Sierra Leone, Zambia.

g. Burundi, Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Hungary, Sierra Leone, Zambia.

h. Gambia(subject to horizontal limitation for mode 3), Hungary, Sierra Leone.

i. Hungary, Sierra Leone.

* Source : WTO Council for Trade in Services, "Health And Social Services-Background Note", S/C/W/50(18 September 1998).

115) 자세한 내용은 부록의 [표 1-1] 및 [표 1-2] 참조.

문직에 대해 승인을 하는 조건을 붙여 양허를 했다. 한편, 헝가리는 의료전문직과 병원을 포함한 보건관련 서비스의 공급형태 1,2,3에 대해 아무런 제한 없이 양허하였다. 중남미 개도국 중에서는 멕시코가 의사·치과의사와 민간병원 및 진단검사실 등에 대해 지분상한 49%를 두어 양허한 이외에는 브라질, 아르헨티나, 칠레 등은 전혀 양허를 하지 않았다.

중동국가는 의료전문직에 대해 양허를 하였는데, 카타르가 의사, 치과의사, 수의사를 별다른 제한 없이 양허하였고, 아랍에미레이트 연합은 수의사만 양허하였다. 아시아 개도국들은 대체로 의료전문직보다는 병원서비스에 대해 양허를 하였고, 인도와 파키스탄은 병원에 대해서만 각각 지분상한 51%와 다른 규제를 적용한다는 제한을 두어 양허하였다.

말레이시아는 병상수 100개 이상의 민간병원에 대해 30%의 지분상한과 ENT를 적용하는 제한을 두어 양허하였고, 신경외과(neurosurgery) 등 특수 의료전문직분야에 대해서만 자연인으로서만 공급이 가능하도록 양허하였다. 싱가포르의 의사에 대해서만 ENT를 적용하고, 치과의사와 수의사에 대해서는 별다른 제한 없이 양허하였으나, 병원 등 보건사회서비스는 양허하지 않았다. 중국은 의사와 치과의사에 대해서만 ENT를 적용하고, 합작 및 단기면허기간(6개월)을 부여하는 조건으로 양허하였다.

한편, 홍콩, 인도네시아, 필리핀, 태국 등은 의료전문직과 보건사회서비스 모두 전혀 양허하지 않았다.

나. WTO/DDA에서 讓許論議 動向

2001년 11월 카타르 수도 도하에서 열린 제4차 WTO 각료회의에서 DDA로 명명된 새로운 다자간 무역협상이 출범되었다. DDA협상의제는 농업, 서비스, 비농산물 시장접근, 규범 등 크게 보아 모두 7가지로서, 2002년 초에 분야별로 협상그룹이 구성된 후 2004년말 타결을 목표로 진행되고 있다.¹¹⁶⁾ 도하 각료회의에서 주요결정사항은 가이드라인을 협상의 기초로 확인하고,

116) 외교통상부, WTO DDA 서비스협상 1차 양허안(Initial Offer) 해설자료, 2003, 3.

2002년 6월 30일까지 양허요청서를 제출하고, 2003년 3월 31일까지 1차 讓許案을 제출하도록 했다.

현재 양허요청 현황은 다음과 같다. 인력이동(공급형태 4)의 양허요청에서 각국은 기업내 전근자, 전문가, 계약서비스 공급자, 방문사업가 등으로 구분하여 양허를 요청하고 있다. 일부 국가는 기업내 전근자의 범위에 모든 관계회사 및 사무소로 확대(현재 자회사, 합작회사, 지사만 포함)하고 훈련·연수목적도 포함시킬 것을 요청하거나, 의사, 의과대학 교수들이 한국에 와서 교육활동에 참여할 수 있도록 적절한 비자발급을 요구하였다. 인력이동에 대한 주요 쟁점은 선진국·개도국간 기본적인 입장차이라고 할 수 있는데, 미국 등 선진국은 기본적으로 숙련된 전문인력을 위주로 인력이동에 접근하고 있고, 분야별로는 사업서비스, 건설 및 관련 엔지니어링, 유통, 환경, 금융 등의 분야에 중점을 두고 있다. 개발도상국들은 주 미숙련 인력을 포함하여, 직종의 구분 없이 양허를 요청하고 있다. 이러한 쟁점은 선진국의 이민정책과도 밀접한 연관이 되어 있다.

서비스분야에서 보건의료서비스분야의 讓許要請 현황은 중국, 호주, 폴란드, 파키스탄, 홍콩 등으로부터 접수하였고, 호주, 중국, 일본, 뉴질랜드, 대만, EU, 캐나다, 미국 등에 우리나라가 제출하였다. 캐나다 등 선진국은 보건의료의 공공 서비스적 성격을 고려하여 양허 요청을 하지 않았다. 이 분야의 주요 쟁점은 외국의 의료인이 우리나라에서 다시 자격을 취득하지 않고도 의료행위를 할 수 있도록 허용할 것인지 여부, 외국 병원 등이 직접 우리나라에 진출해서 영업할 수 있도록 허용할 것인지 여부, 외국의 의료인이나 의료기관이 인터넷과 같은 통신수단을 통해서 우리나라 환자를 원격 진료 하도록 허용할 것인지 여부, 한의학 관련 외국 자격인정과 합작병원 설립 허용 여부, 영리법인의 의료기관 설립허용 여부 등이라고 할 수 있다.¹¹⁷⁾

117) 민동석, “WTO DDA 서비스협상 논의동향과 우리의 대응방향”, DDA 대연찬회 토의자료; 제3주제, 2003, pp. 26-47.

4. 보건의료서비스 貿易去來 自由化 對象

가. 서비스의 國境間 供給

서비스의 국경간 공급에 대한 규제는 서비스 공급자 자체에 대한 규제와 서비스요금의 지급규제로 나타난다. 서비스 요금의 해외송금은 주로 경상무역외거래에 해당하는 것으로서 외국항공사에 대한 여객운임지급, 해외재보험료 송금 등이 이에 해당된다.¹¹⁸⁾ 보건의료서비스 분야에서 국경간 공급은 원격의료가 대표적인 형태라고 할 수 있다. 서비스무역협정이 체결될 당시에는 보건의료부문에 국경간 공급이 크게 대두되지는 않았다. 그러나 오늘날에는 인터넷의 발달로 인해 국경간 공급이 여러 가지 형태로 가능해지게 되었다. 즉 원격의료의 공급형태는 1) 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 통하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태, 2) 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료보조인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태, 3) 원격지의사가 정보통신망을 이용하여 현지 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, 4) 원격지의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태 등이 원격의료 서비스에 해당될 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾ 이러한 결과로 진단이나 처방에 따라 약품이나 의료용 검체나 자료 등이 국경간 이동이 시행되고 있는 것으로 보아 원격의료의 한 형태로 포함될 수 있을 것이다.

나. 서비스의 海外消費

해외소비는 주로 관광, 교육, 의료부분에 많이 발생하고 있다. 이에 대한 규제도 소비행위 자체에 대한 규제와 송금규제로 나누어 볼 수 있다. 소비

118) 徐憲濟, 國際經濟法-國際通商·通貨規範-, 栗谷出版社, 1998, p. 522.

119) 왕상한, “WTO보건의료 협상과 주요 쟁점”, 통상법률 통권 제48호(2002. 12), 법무부, 2002, p. 15.

행위 자체에 대한 규제는 국내교육정책이나 의료정책 등 비경제적인 규제(정책적인 규제)가 대부분이므로 합법적인 국내규제가 되어 자유화의 대상이 되지 않는다. 송금규제는 서비스교역을 직접·간접적으로 제한하는 효과를 가지므로 양허표에 기재해야 한다. 이 보건의료부문 서비스의 공급형태는 소비자의 해외이동에 의하여 서비스의 공급을 받는 것이다. WTO의 1998년 보건사회서비스 배경자료에 의하면,¹²⁰⁾ 소비자의 해외이동에 의한 서비스 공급형태의 유형을 다음과 같이 구분하고 있다. a) 경제적 여유가 있는 개발도상국의 국민들이 높은 수준의 서비스를 공급받기 위해 선진국으로 이동하는 것, b) 이국적인 치료법을 기대하거나 또는 성형수술과 같이 의료보험이 적용되지 않는 서비스를 저렴한 가격에 제공받기를 원하는 선진국 국민들의 개발도상국으로의 이동, c) 적절한 시기에 필요한 서비스를 제공받기 어려울 경우 혹은 가격이나 품질에 있어서 경쟁력이 있는 쪽으로 개도국들 사이에 국민들이 이동하는 것으로 구분하고 있다.

다. 서비스의 商業的駐在

GATS상에서 거래형태별 규제로서 상업적 주체는 공급자가 소비자국가로 이동하는 것이기 때문에 필연적으로 자본이동, 즉 투자가 이루어지게 된다. 이에 따라 서비스규범의 정립에 있어서는 자본이동의 자유화가 중요쟁점이 되며, 이와 관련하여 은행법, 보험업법 등 개별사업법상의 규제 이외에 외국인 투자관련법 및 외환관리법상의 규제가 문제된다. 차별적 양적 규제로서 시장접근제한(GATS 제16조)에 해당하는 경우로 특정분야에 진출할 외국기업체 수를 일정하게 제한하는 경우에 해당한다. 무차별적 양적 규제로서 통신사업에 내외국인을 구별하지 않고 5개 업체만 허용하는 사례가 이에 해당한다. 이러한 양적규제는 내외국인의 차별여부에 관계없이 GATS 제16조의 市場接近에 대한 제한에 해당되어 양허표에 기재하지 않으면 부과할 수 없다. 차별적·질적규제로서 외국기업에 대하여만 최소자본제한을

120) op. cit., 94, para. 21.

부과하는 경우로서 이는 GATS 제17조의 內國民待遇 조항에 해당하여 역시 양허표에 기재하지 않으면 부과할 수 없다. 대부분의 투자관계법상의 규제는 무차별적 質的規制로서 GATS 제6조 합법적 國內規制로 인정되어 양허표상 기재여부에 관계없이 허용된다. 다만 이를 실질적인 거래제한 조치로 이용하여서는 안 된다. 보건의료서비스 분야에서 대상은 병원운영과 경영 분야에서 외국병원의 지사나 분원 설치 혹은 합작투자를 통한 자본의 이동이 대상이 될 수 있다. 이와 함께 의료기관의 해외설립으로 인한 자본 투자에 따라 발생하는 과실에 대해, 송금의 허용여부는 중요한 투자지표요인이 될 것이다.

라. 서비스의 自然人 駐在

自然人的 駐在에 있어서는 서비스공급 인력의 이동에 따르는 출입국관련 법규 및 고용·근로관계법상의 규제가 문제가 되고, 전문서비스 분야에서는 그 자격에 관한 규제도 문제된다. 이 중에서 자격인정에 대한 규제는 합법적인 규제에 해당하기 때문에 양허표에 기재할 필요 없이 당연히 허용한다. 예를 들어, 의료인에게 보건의료 서비스를 수행하기 위해 자국민과 동일하게 시험을 치르도록 하는 것은 제한에 해당하지 않는다. 다만 시험응시요건을 내국인으로만 한정하거나 일정기간 국내거주를 응시요건으로 할 경우에는 차별적인 조치로서 양허표에 기재해야 할 것이다. 서비스교역을 활성화시키는 세계적인 노력에 비추어 볼 때, 외국인을 자국민과 동일하게 자격시험 등을 치르도록 하는 것은 서비스무역에 장애가 될 수 있다. 타국에 대한 자격을 상호인정하는 형식을 통하여 시장개방을 이끄는 한 방법이 될 수 있을 것이다.

5. WTO/GATS와 保健醫療서비스의 關係

GATS하의 보건의료서비스 규제대상은 보건의료서비스의 공급자(의사, 간호사, 조산사, 물리치료사, 기타의료인력 등), 시스템으로 운영되는 회사, 기관조직(병원, 진료소, 요양원) 및 관련분야(의료장비, 의약품, 보험 등)가 된다.¹²¹⁾ 이러한 대상은 앞에서 제시한 서비스 분류에 따라 전문직 서비스와 보건관련 및 사회서비스에 해당함으로써, 전문인력의 이동과 병원기관의 설립에 따른 투자 및 자본이동과 보건의료의 국경간 공급 등이 GATS 제1조의 정의와 범위에 따라 논의될 수 있는 분야이다. 이에 따라 GATS규정과 관계는 전문인력의 이동시 내국민대우와 자격인정의 문제가 대두될 수 있고, 의료기관의 해외 설립시 최혜국대우의 원칙과 인허가 절차에 따르는 국내규제의 문제 및 시장접근과 자본이동의 문제와 관련이 있다. 또한 보건의료서비스에서, 원격의료는 서비스의 국경간 이동형태이며 앞으로 발전하고 있는 분야 중의 하나이다. 이는 국내·외의 격지자 간에 현대의 발달된 통신수단을 이용하여 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 통하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태, 원격지 의사가 현지의 간호사 등 의료 보조 인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태, 원격지의사가 현지 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, 원격지의사가 현지의 환자를 검진하는 형태 등이 원격의료 서비스의 국경간 공급과 관련이 있다고 할 것이다. 이에 따른 결과로 진단이나 처방에 따라 약품이나 의료용 검체나 자료 등이 국경간 이동이 시행되고 있는 것으로 원격의료의 한 형태로 포함될 수 있을 것이다.

그러므로 본 논문에서는 보건의료서비스의 공급형태에 따른 실행의 관련성과 함께 발생할 수 있는 법적인 문제에 대하여 보건의료서비스의 자유화에 따라 발생할 수 있는 국제법적인 문제와 국내법적인 문제에 대하여, 이 분야에서의 국제규범과 국내규범을 서로 비교하고 또 사례를 분석함으로써,

121) 정영호·박순찬·고숙자·윤강재, WTO체제하의 보건의료서비스분야 개방협상동향 및 정책적 시사점, 한국보건사회연구원, 2002, p. 46.

향후 진행될 동 분야의 시장개방에 대비할 수 있는 대안을 제시하고자 한다.

第3章 保健醫療서비스 自由化의 國際法的 問題

第1節 自然人的 移動에 의한 서비스 供給

1. 問題의 所在

GATS에 있어 保健醫療서비스는 의료와 치과서비스, 조산사, 간호사, 물리치료사와 준의료인, 병원서비스, 기타 보건서비스(other human health services) 등의 서비스를 포함하는 개념이다.¹²²⁾ 이처럼 다양한 종류의 인적 구성과 그들에 의해 제공되는 보건의료서비스는 다른 전문적인 서비스와는 달리 비교적 많은 국가들이 인력 부족을 겪고 있는 실정이다. 특히 인력 이동의 측면에서 볼 때, 보건의료서비스는 다음과 같은 특징을 가진다.

첫째, 일반적으로 개인의 일시적인 이동은 노동집약적인 특성을 가지고 있는 반면, GATS에 의거한 무역 방식은 주로 보건의료서비스의 보편적인 과학지식에 의하여 그 해외서비스가 공급되는 특징을 가지고 있다.¹²³⁾

둘째, 보건전문인들은 종종 공공분야 뿐만 아니라 사적분야에까지 보다 나은 생활 및 작업조건, 그리고 소득을 얻기 위해 이동한다.¹²⁴⁾

122) TD/B/COM.1/EM.1/2, para. 33; Commission of the European Communities, Report to the European Parliament and the Council on the state of the general system for the recognition of higher education diplomas, Brussels, 15 February 1996, COM(96) 46 final, para. 23.

123) op. cit., 122, para. 24.

124) Alastair M. Geray and Victoria L. Philips, "Nursing in the European Labour Market : an

셋째, 보건전문인들이 해외로 이동하는 또 다른 이유는 다른 전문적인 자격을 취득하거나, 자국에서 이용하지 않는 새로운 기술을 배울 기회를 가지기 위해서이기도 하다.¹²⁵⁾

넷째, 이와 같은 보건전문인들의 이동은 수용국의 전문인력 부족을 해소하고, 소득에 대한 송금은 본국에서의 생활수준을 향상시키는 효과를 가진다. 따라서 보건전문인들의 선진국에서의 영구적인 이주는 개발도상국의 두뇌유출이라는 결과를 초래하고, 반면 그 일시적인 이동은 개발도상국에서의 보편적인 보건의료기술의 향상을 가져오게 되는 것이다.¹²⁶⁾

통계에 의하면, 개발도상국들은 전세계 이주 의사들의 56%를 공급하고, 11%이하를 받아들이는 것으로 추정된다.¹²⁷⁾ 1960년대에는 외국에서 일하는 의사들이 대체로 선진국 출신이었음에 반하여, 그 이후에는 대부분의 이주 의사들은 개발도상국, 특히 아시아에서 유입되고 있다.¹²⁸⁾ 하지만 선진국 혹은 개발도상국을 막론하고 대다수의 국가들은 보건전문인들의 유입·유출을 경험하고 있다. 이를테면, 영국의 경우, 젊은 간호사들은 미국으로 보내고, 국내에 부족한 간호사들은 아일랜드나 인도 등으로부터 다시 받아들이고 있다. 이와 같은 현상은 자메이카 같은 국가에서도 일어나고 있다. 즉, 국내의 간호사들은 미국으로 보내고, 그 부족한 간호인력은 나이지리아나 미얀마에서 보충하고 있다. 결국 이와 같은 보건의료 분야의 인력이동은 그 “두뇌유출”로 인하여, 당해 분야의 인력을 대체할 수 없는 최빈개도국들에게 심각한 악영향을 미치고 있는 것이다.¹²⁹⁾

Economic Perspective”, in C.E.M. Normand and P. Vaughan Editors, Europe Without Frontiers. John Wiley and Ltd., 1993, p. 55.

125) op. cit.,122, para. 24.

126) op. cit.,122, para. 25.

127) The World Development Report of 1993 : Investing in Health , quoted by : H. Ashok Chandra Prasad, Rajendar Kapoor, Trade in Invisibles : An Indian Perspective, Commonwealth Publishers, New Delhi, 1996.

128) A. Mejia, H. Pizurki, E. Royston, Physician and nurse migration, WHO, Geneva, 1979.

129) 그 전형적인 예로 남아프리카공화국을 들 수 있다. 이 국가의 경우, 공공부문뿐만 아니라 개별 부문에 이르기까지 의료전문가들이 영국, 캐나다 및 미국 등으로 집단적으로 이주하고 있다. 그리

최근의 몇몇 연구는 보건전문가들의 선진국의 특정 계층에 대한 침투, 특히 미국과 유럽연합의 경우를 주시하고 있다. 선진국에서도 보건의료분야의 개방은 아직까지 상당히 제한적이다. 그러나 그 새로운 일자리의 개방은 주로 노인과 장애인 또는 약물·알콜중독자 및 원격지 의료서비스를 이용하여 간호하는 행위와 같은 특수한 분야를 중심으로 행해지고 있다. 이러한 지역의 경우, 특히 문화적 관련성과 지리적 근접성이 보건전문가의 해외이동을 촉진하는 주요 요인이라고 생각된다.¹³⁰⁾

하지만 보건의료분야의 자연인 이동에서도 여전히 많은 현실적 또는 잠재적 무역장벽이 존재하고 있다. 그 주요한 예를 들면, 이와 같은 무역장벽은 보건전문가에 대한 시험요구, 면허차별, 외국전문자격증의 인정, 자국 국민일 것과 자국 거주요구, 중앙정부와 지방정부의 상이한 조건, 이민법, 자격수료에 대한 시험허용, 소득의 송금에 영향을 주는 외환 조정, 그리고 임금과 비용의 차별규정에 관한 경제적 요구 등과 관련하여 대두될 수 있다.¹³¹⁾ 이와 관련하여 주의를 요하는 사항은 바로 GATS 협정 제16조의 시장접근장벽으로 규정되어 있는 ENT이다. ENT는 주재국가의 비거주국민과 내국민이 같은 협정을 수행하는데 이용되고, 자격의 인정은 일시적인 수용을 조건으로 한다. 정의하고 있는 ENT는 국내단체전임자와 독자적으로 계약된 전문가들을 포함한 자연인의 이동과 관련협회 자격증으로서 자주 나타난다. 이러한 면에서 볼 때, ENT는 보건의료서비스에 있어 질적·양적 수량제한으로서 작용할 수 있는 것이다.¹³²⁾

위와 같은 여러 무역장벽 가운데 본고에서는 보건전문인들의 면허와 자격조건을 중심으로 분석하기로 한다. 즉, 현재 각국은 타국의 보건의료 전

하여 공공부문에서조차 심각한 전문 인력의 부족에 직면하고 있다. 더더욱 심각한 것은 보건의료 분야의 전문 두뇌의 유출로 인하여 야기된 부족한 인력을 인접 저개발국에서조차 구할 수 없게 되어 남아프리카정부는 의료전문인력을 구하기 위해 더 먼 지역에 있는 쿠바와 접촉하지 않을 수 없었던 것이다.

130) op. cit.,122, para. 26.

131) op. cit.,122, para. 28.

132) op. cit.,122, para. 29.

문자격증을 인정하지 않거나 혹은 보다 엄격하고 차별적인 기준을 부과함으로써 외국전문가들의 자국 시장 진입을 방해하고 있는 실정이다. 의료전문인의 자격에 관한 면허와 인정의 문제는 특히 국가면허제도가 없거나 혹은 의료행위를 하기 위한 면허허용이 중앙정부가 아니라 지방 당국이이 가지고 있는 경우에 더욱 다루기 힘들게 된다. 또한 전문가협회의 회원 또는 그 협회에 등록할 것을 요구하는 경우도 일시적으로 서비스를 제공하기를 원하는 이들에게는 중대한 무역장벽 요인으로 작용할 수 있다.¹³³⁾ 이와 같은 문제를 중심으로 WTO/GATS상에서의 자연인의 이동에 따른 자격인정 문제를 검토하고, 그 해결 방안에 대해 논의하기로 한다.

2. 自然人 移動의 意義

공급형태 4에 해당하는 自然人的 移動은 WTO 회원국의 자연인이 一時的(temporary) 또는 非永久的(non-permanent)으로 다른 WTO 회원국의 영토 내에 상주하여 서비스를 제공하는 것으로 정의된다.¹³⁴⁾ 여기서 ‘一時的’이라는 것에 대한 정의는 존재하지 않지만 永久的인 移住(permanent migration)와는 구별된다. GATS상 공급형태 4의 자연인 이동은 일반적으로 체류기간과 그 목적으로 정해진다. 즉, 그 이동은 서비스공급의 계약을 이행한다는 특수한 목적 하에 특정분야에 제한되며, 또한 일시적이어야 한다. 그러나 자연인의 이동이 가지는 그 ‘일시적’ 성격을 둘러싸고 문제가 제기될 수 있다. 즉, 그 일시적 이동이 사실상 영구이주의 첫 단계로 인식되고 있고, 미래의 이주를 위한 유용한 사전선발 과정이 될 수 있으며, 또한 이는 영구이주에 대한 엄격한 규제를 우회하는 방법으로 악용될 수도 있다는 것이다.

133) op. cit.,122, para. 30.

134) 박순찬·엄부영, “DDA 서비스협상에서 자연인의 이동에 관한 OECD 논의”, OECD FOCUS(2003. 3), 대외경제정책연구원, 2003, p. 74.

3. 專門職의 內國民待遇

질적인 제한조치가 외국서비스를 내국서비스보다 불리하게 차별적으로 대우하느냐의 여부는 실질적인 효과에 있어 외국인이나 외국서비스에 불리하게 작용하느냐에 따라 결정된다. 즉 형식상 내외국인간에 동일한 조치이거나 혹은 형식상 내외국인간에 차별적인 조치로서 사실상 내국민보다 불리하지 않는 조치는 허용되는 조치이다.¹³⁵⁾ 그러나 형식상 내외국인간에 동일한 조치이거나 혹은 형식상 내외국인을 달리 취급하는 조치로서 이것이 사실상 외국인에게 불리하게 작용하는 경우에는 양허표에 기재되어야만 허용되는 조치이다.¹³⁶⁾ 사실상 외국인에게 불리한가의 결정기준은 ‘동종의 내국서비스와 동종의 내국서비스공급자와의 불리하지 않은 경쟁조건’을 말한다.

서비스를 공급하기 위한 각국의 고유한 자격증제도를 유지하는 것은 그 자격증시험에 외국인도 응시할 수 있는 기회가 주어진다면 합법적인 국내 규제조치로 인정되고 있다.¹³⁷⁾ 다만 한국에서의 거주요건이나 한국학교를 마쳐야 하는 조건을 부과하는 등 외국인의 응시기회를 사실상 봉쇄하거나 제한하는 조건을 부과하는 것은 서비스무역을 제한하는 조치이다. 반면에 시험을 한국어로 치르기 때문에 외국인이라는 사실 때문에 어쩔 수 없이 불리한 지위에 서는 것은 허용된다.

4. 資格의 相互認定問題

서비스공급을 통한 자연인의 이동과 매우 긴밀한 관계를 맺고 있는 규정

135) GATS 제17조 2항.

136) GATS 제17조 3항.

137) GATS 제17조 주해.

은 자격에 대한 상호인정(mutual recognition of qualification)이다. 비록 어느 회원국이 공급형태 4를 양허하였다 하더라도, 서비스 공급자에 대한 자격이 인정되지 않는다면 이에 대한 양허는 제한적일 것이다. GATS의 상호인정(recognition)에 대한 여러 규정은 상당히 유연하여 WTO회원국에 적합하도록 조정할 수 있는 원칙은 상호인정의 본질이나 협상방식에 대한 요건들을 상정하지 않고 있다. 단지 회원국들이 서비스 공급자에 대한 승인, 면허 또는 증명에 대한 자신의 표준을 적용하는 과정에서 국가간의 차별을 두지 않아야하고,¹³⁸⁾ 다자간 체제 밖에서 체결되고 있는 협정을 통보함으로써 WTO체제와 긴밀하게 연계되어야 하고,¹³⁹⁾ 회원국이 자율적으로 인정을 부여하는 경우, 동 회원국은 그 밖의 회원국이 그들의 영토 내에서 습득한 교육, 경험, 면허나 증명, 또는 충족된 요건이 인정되어야 한다는 것을 증명할 적절한 기회를 부여한다¹⁴⁰⁾고 규정하고 있다.

현재까지 상호인정은 큰 진전을 보이지 못하고 있는데, 그것은 i) 전문인 교육 및 훈련과 관련된 WTO 회원국의 여러 다양한 관행, ii) 규제적 주권의 상실에 대한 염려, iii) 일부 선진국에서의 자격 및 교육의 동등성 판단을 위한 공식적인 면허 및 자격 메커니즘의 부재, iv) 상호인정이 실질적인 효과를 거두기 위해서는 전문가협회의 협조가 필요하나 일부 개발도상국에서는 대표적인 전문가 협회가 존재하지 않거나 몇몇 협회는 외국인 전문가의 시장접근 등을 꺼리는 점 등을 들 수 있다. 반면에 상호인정협정의 이점은 단기적으로 볼 때, 상대국 시장에 대한 접근 그 자체보다는 동 협정을 통해서 당사국이 시장개혁을 할 수 있다는 데 있다. 또한 장기적으로 상호인정협정의 존재가 더 많은 사람들에게 기술적 인재의 공급을 늘림과 함께 전문자격의 적용을 촉진할 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾

138) GATS 제7조 3항.

139) GATS 제7조 4항.

140) GATS 제7조 2항.

141) 박순찬·엄부영(주134), 전개논문, pp. 76-77.

5. 資格의 認定 方法

국가간의 자격 인정방법은 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉, 외국의 동등한 자격증을 국내자격증으로 인증해 준다는 취지이다.

첫째, 일방적인 인정으로 어느 국가가 자발적으로 외국의 자격증을 인정해 주는 제도이다. 무조건 모든 나라의 자격을 인정해 주는 것이 아니고 대개 일정한 기준을 정하여 그 기준에 도달한 경우에만 인정하게 될 것이다. 예를 들면, 외국엔지니어의 자격을 인정해 주는데 4년제 대학졸업자에게 부여된 자격증만을 인정해 주는 것과 같은 것이다.

둘째, 상호인정으로서, 상대국이 자국의 자격증을 인정해 주는 조건으로 상대국의 자격을 인정해 주는 제도이다. 그렇다고 어느 분야나 상호인정의 대상이 되는 것은 아니다. 예를 들면, 의사의 경우 6년제 대학졸업자만이 의사자격증이 부여되는 나라가 전문대 졸업자에게도 의사자격을 나라와 상호인정을 하기는 어려울 것이다.

셋째, 자격인정제도의 조화로서, 이는 각국의 자격인정제도를 통일시키는 작업이다. 의사의 경우에 6년제 대학 국가와 전문대학 국가가 4년제 의과대학 졸업자에게 의사자격증을 부여하도록 학제를 조화시키거나, 통일시키는 것이다. 이 경우 양국대학의 수준이 비슷하게 된다면 사실상 양국의 의사자질이 비슷해 질 수 있다고 하겠다. 따라서 교육제도 및 자격인정제도의 통일을 통하여 자격의 인정이 용이하게 된다.¹⁴²⁾

142) 이장희 편저, 국제통상과 WTO법, 아시아사회과학연구원, 1996, pp.177-178.

6. 外國의 醫師 資格制度

가. 미국¹⁴³⁾

(1) 미국의 학제 및 자격 취득

미국의 경우는 4년제 대학졸업 후에 입학하는 4년제 의학전문대학원(대학원 석사·박사과정)에 의해 의사교육의 이루어지고 있다. 의학부 재학 중 임상실습일수는 4년간에 77주간의 교육과정으로 구성되어 있다. 임상실습은 1년차부터 실습을 채택하고, 3-4년차가 병원 연수에 전념하도록 임상중심의 교육시스템으로 되어 있다. 자격은 의학부 졸업 후부터 MD(Doctor of Medicine)자격이 수여되고, 의사로서 개업하게 되는 주 정부의 면허가 필요하지만, 자격별 결격사유가 없는 한, 면허는 자동적으로 수여 된다. 미국에서 3-5년의 임상연수는 임상 의사가 되기 위한 필수요건이 되고 있다. 임상연수는 특정의 질병에 대해 전문의 양성의 주요한 목적이 되고 있다. 일차의료를 담당하는 일반가정의도 전문의로서 양성되고 있다. 또한, 임상연수프로그램을 공공기관의 심사 하에 인정하는 제도가 확립되고 있다.

그리고 임상연수는 컴퓨터 추천에 의해 배정되고, 졸업한 대학과는 전혀 관계없이 연수를 받아들이는 병원에서 행해지는 원칙이 있다. 연수병원에 정식으로 고용되고 있는 레지던트교육비로서 정부는 병원에 지원기금으로 1인당 연간 약 4천 달러가 급료로써 지급하고 있다.

이러한 레지던트의 기간은 내과와 소아과는 3년, 외과는 5년으로 한다. 내과의전공의 레지던트를 마치게 되면 1-2년간 전문의로서 배우고, 병원연수도 수행하게 된다. 레지던트가 되고나서부터 1년간의 인턴이라고 하는 기간을 마치는 시점에서 통상 州의 의사면허를 취득한다. 레지던트를 수료하고 전문의 인증시험을 치르고 자격이 수여되면, 합격자는 심장외과전문의, 소아과전문의 등으로 부르게 된다. 임상 의사로써 활동하는 데는 의학박사에

143) 醫療經濟研究機構, 醫療白書(2002年版), 日本醫療企劃, 平成14年, pp. 194-196.

상당한 의사와 전문의의 인증취득만으로 충분하고, 더욱이 박사학위를 취득할 필요는 없다.

(2) 외국인 면허 인정

외국에서 취득한 면허증으로 의료행위를 수행하기 위해서는 미국에서 필기시험을 치르도록 하고 있다. 몇몇 외국 의과대학교 졸업생이 인정하는 국가는 자국에서 진입국가로 변경한다. 지원자들은 외국 의과대학에 대한 교육위원회의 인정심사에 통과해야 하고, 또한 미국 내에 있는 병원에서 일정기간 의학교육을 이수해야 한다. 이에 반해, 상당수의 주들은 주에서 인정하고 있는 캐나다 의과대학교를 졸업한 지원자에 대해서는 의료행위를 수행하는 자격과 면허를 인정하고 있다.¹⁴⁴⁾

나. 日本¹⁴⁵⁾

(1) 학제 및 임상연수

의학교육은 고교졸업 후에 입학하는 6년제의 학부수준의 교육체제가 된다. 의학부 재학 중 임상실습일수는 6년간 평균 34주간 실시하고 있다. 이러한 임상실습은 병원실습을 중시하고, 실습기간을 이전에 비해 50% 정도 증가하는 방향으로 교육과정 개혁이 일부 진행되고 있다. 그러나 여전히 기본적인 강의를 중심으로 한 교육이 이루어지고 있다. 면허취득은 의학부 졸업 후에 시험을 치고 의사 국가고시에 합격하는 시점에서, 의사면허가 수여된다.

그리고 임상연수는 졸업 후 1-2년간의 임상연수가 임의적으로 실시되고, 2004년도부터는 2년간의 임상연수가 의무화된다. 우선, 이런 임상연수는 일본에서는 내과·외과계를 포함하는 복수의 진료과와 구급의료연수의 기회를 확보하고 확대하는 일반의로서의 연수에 주요한 목적을 두고 있다. 이러한

144) *World Dictionary of Medical Schools*, Sixth Edition, WHO, 1988.

145) 醫療經濟研究機構, 醫療白書(2002年版), 日本醫療企劃, 平成14年, pp. 194-196.

임상연수는 80% 이하가 졸업한 대학의 부속병원에서 이루어지고, 나머지 일부는 그 대학병원과 관련이 깊은 연수지정병원에서 이루어지고 있다. 연수의사는 병원과의 관계에서 명확한 고용관계가 없고, 급료에 대해서도 무급이거나 월 5~20만 엔 정도의 수당이 지급되고 있다. 일반적으로 연수의사 교육비로서 공적자금이 투입되고 있는데, 이점에 대해서는 적지 않은 비판이 제기되고 있어 차후의 검토과제로서 남겨져 있다고 한다.

(2) 면허 응시자격 및 면허취득

의사의 면허취득과 관련하여, 일본의 의사법은 ‘의사가 되고자 하는 자는 의사국가 시험에 합격하고 후생노동대신의 면허를 받아야 한다.’고 규정하고 있다. 의사국가시험 내용은 임상에서 필요한 의학 및 공중위생에 관해서 의사로서 갖추어야 할 지식 및 기능¹⁴⁶⁾에 관한 것이다. 후생노동대신에 의해서 실시 기간이 정해지는데, 의사국가시험 및 의사국가시험예비시험은 매년 적어도 1회 실시한다.¹⁴⁷⁾

후생노동대신은 의사국가시험 및 의사국가시험예비시험의 과목 및 실시 혹은 합격자의 결정방법을 정할 때는 미리 醫道審議會의 의견을 들어야 한다.¹⁴⁸⁾ 의사국가시험 수험자격은 학교교육법에 의거하여, 대학에서 醫學의 정규과정을 수료하고 졸업한 者,¹⁴⁹⁾ 의사국가시험예비시험에 합격한 者로서, 합격 후 1년 이상의 진료급에 公衆衛生에 關한 실무수습 기간을 경과하고,¹⁵⁰⁾ 外國의 의과대학을 卒業하고 또한 外國에서 의사면허를 취득한 자로서, 厚生勞動大臣이 의사법 제11조 2号에 掲載된 者와 同等以上の 學力과 技能을 소유하고, 단 적당하다고 認定한 者로 하고 있다.¹⁵¹⁾

146) 日本 醫師法 第9條.

147) 日本 醫師法 第10條.

148) 日本 醫師法 第10條 2号.

149) 日本 醫師法 第11條 1号.

150) 日本 醫師法 第11條 2号.

151) 日本 醫師法 第11條 3号.

임상연수는 의사가 면허를 받은 후 2년 이상 대학의 의학부 또는 대학부설연구소의 부속시설에 있는 병원 또는 후생노동대신이 지정하는 병원에서 임상연수를 행하도록 한다.¹⁵²⁾ 임상연수자에 대한 보고는 제16조 1항에 지정하는 병원의 장은 해당병원에 있어서 제16조 2항의 규정에 의해 임상연수를 행한 자가 있을 때는 당해 임상연수를 행한 취지를 후생노동대신에게 보고하는 것으로 한다.¹⁵³⁾

또한 의료업은 의사가 아니면 해서는 안된다¹⁵⁴⁾고 규정하고 있고, 의사가 아니면 의사 또는 이것으로 유사한 명칭을 사용해서는 안된다고 규정하고 있다.¹⁵⁵⁾

無診察治療 等の 禁止로서, 의사는 자신이 진찰하지 않은 치료나 또는 진단서 또는 처방전을 교부하거나, 자신이 출산에 입회하지 않은 출산증명서 또는 사산증명서를 교부하거나 또는 자신이 검안하지 않은 검안서를 교부해서는 안된다. 단, 진찰 중의 환자가 검사를 받은 후 24시간 이내에 사망한 경우 교부한 사망증명서에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하고 있다.¹⁵⁶⁾

(3) 외국인에 대한 제한

외국자격에 대해서, 일본의 의사법 제11조 3호는 외국의 의과대학을 졸업하고 또한 외국에서 의사면허를 취득한 자로서, 厚生労働大臣이 의사법 제11조 2호에 기재된 者と 同等以上の 學力과 技能을 소유하고, 단 적당하다고 認定한 者로서 국내에서 시험을 치르게 하고 있다. 이러한 규정은 사실상의 외국의료인의 국내시장 진입을 제한하고 있다.

152) 日本 醫師法 第16條 2의 1号.

153) 日本 醫師法 第16條 2의 2号.

154) 日本 醫師法 第17條.

155) 日本 醫師法 第18條.

156) 日本 醫師法 第20條.

다. 中國

(1) 자격의 종류

중국의료법 제8조에서 국가는 의사 자격 고시제를 실시한다고 하고 있다. 그 의사 자격 고시 종류는 개업의 자격과 수련의 자격으로 나누어 시행한다고하여 개업의 자격과 수련의 자격으로 구분하고 있다.¹⁵⁷⁾ 이 자격의 실시방법은 국무원 위생행정부에서 정하고, 의사 자격 고시는 성급 이상 인민정부의 위생행정부에서 제출하여 시행한다.

(2) 應試資格

중국의료법 제9조에서는 다음에 해당하는 자에 대해서 의사 자격 고시에 응시할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, i) 그 응시자격은 전문대학이나 대학에서 의학 전공 본과 이상의 학력을 소지한 자로 개업의의 지도하에 의료와 예방보건 기관에서 만 1년을 시보로 근무한 자,¹⁵⁸⁾ ii) 수련의 자격증을 취득한 후 전문대학이나 대학에서 의학을 전공한 학력을 소지한 자로서 의료나 예방보건 기관에서 만 2년 근무한 자, 또는 iii) 중등 전문학교 의학 전공의 학력을 소지한 자로서 의료와 예방보건 기관에서 만 5년 근무한 자¹⁵⁹⁾로 정하고 있다.

그리고, 제10조에 의하면, 전문대학이나 대학에서 의학 전공 학력 또는 중등 전문학교 의학 전공의 학력을 소지한 자로서 개업의의 지도하에 의료와 예방보건 기관에서 만 1년 시보로 근무한 자는 수련의 자격 고시에 응시할 수 있다고 규정하고 있다.

전통의학의 자격에 대해서는 제11조에서 규정하고 있는데, 스승으로부터 전승 받는 방식으로 전통 의학을 만 3년 수련하거나 또는 수년간의 의료 경력을 통해 전문 기술을 습득한 자는 현급 이상 인민정부의 위생행정부에

157) 中華人民共和國醫療法 第8條.

158) 中華人民共和國醫療法 第9條 第1項.

159) 中華人民共和國醫療法 第9條 第2項.

서 인정한 전통 의학 전문 기관 또는 의료나 예방보건 기관의 심사에 합격하거나 추천을 받아 개업의나 수련의 자격 고시에 응시할 수 있다. 이러한 의사자격고시에 합격하면 개업의 또는 수련의 자격을 취득한다.¹⁶⁰⁾

(3) 외국인 면허 인정

의사면허를 소지한 외국인은 심사를 거쳐 임시면허를 부여받을 수 있으며, 그 기간은 1년 단위로 갱신된다.¹⁶¹⁾

라. 캐나다

캐나다에서는 외국의 의사자격증에 대해서 의료행위를 수행하기 위한 면허취득요건을 지방에서 지방으로 변경한다. 외국인들은 또한 그들의 전문적인 서비스가 필요한 관련 주관청에 동의를 얻어야 한다. 자격을 가진 간호사들은 그들이 전문가로서 입국을 허락 받기 전에 캐나다에서 수행할 수 있는 주 면허를 인정받아야 한다. 입국시 발행된 고용허가는 최대한 일 년 동안 이용할 수 있다. 연장은 이민국의 결정에서 일 년 더하여 허락할 수 있다. NAFTA하에서 규범은 보건전문가의 일시적 이동에 대해 규정하고 있다.¹⁶²⁾

마. EU

EU의 경우, 국적에 의거하여 다른 회원국 국민들을 차별적으로 대우하는 것은 금지된다. 이 금지의 원칙은 보건서비스 제공자들에게도 공히 적용된다.¹⁶³⁾ 1993년 4월 5일 위원회 지침(Council Directive 93/16/EEC)은 의사의

160) 中華人民共和國醫療法 第9條.

161) 보건복지부 건강증진국 구강보건과, 중국출장보고서, 2002.11, p. 4.

162) op. cit.,122, para. 32.

163) Directive 77/452/EEC on nurses responsible for general care, Directive 78/1026/EEC on

자유로운 이동의 촉진 및 그들 학위의 상호인정, 인증서와 정형적인 자격증과 관계가 있다. 즉, 이 지침은 의사의 활동과 관련하여 서비스의 제공 및 설립의 자유를 보장하고 촉진하기 위하여 제정되었다.¹⁶⁴⁾

이와 아울러, 1988년 위원회 지침(Council Directive 89/48/EEC)은 공동체 내에서 효과적인 설립의 자유를 보장하기 위하여 대학 등의 고등교육기관에 의해 수여된 학위의 일반적인 상호승인을 위한 법적 근거를 제공하고 있다. 이 지침 제3조는 가장 핵심적인 규정으로서, 원회원국에서 전문직 시험으로 자격을 취득한 서비스 제공자는 주재국에서 같은 전문 직업을 가지는 경우, 동등한 학위를 인정받아야 한다는 일반적인 원칙을 명시하고 있다. EU에서 이와 같은 자격의 상호인정이 가능한 것은 바로 보건전문인들의 교육과 수련의 수준에 대한 상호 신뢰 및 동등성 원칙이 마련되어 때문이다.

7. 小結

자연인의 해외 이동은 영구적인 이주가 아닌 일시적인 이동의 형태이다. 각국에 따라 자격인정제도의 차이가 있음을 알 수 있다. 이러한 자격을 필요로 하는 자연인의 이동을 저해하는 요인은 i) 전문인 교육 및 훈련과 관련된 WTO 회원국의 여러 다양한 관행, ii) 규제적 주권의 상실에 대한 염려, iii) 일부 선진국에서의 자격 및 교육의 동등성 판단을 위한 공식적인 면허 또는 자격 메커니즘의 부재, iv) 상호인정이 실질적인 효과를 거두기 위해서는 전문가협회의 협조가 필요하나 일부 개발도상국에서는 대표적인 전문가 협회가 존재하지 않거나 몇몇 협회는 외국인 전문가의 시장접근 등

veterinary surgeons, Directive 80/154/EEC on midwives, Directive 85/433/EEC on pharmacists.

164) TD/B/COM.1/EM.1/2, para. 33; Commission of the European Communities, Report to the European Parliament and the Council on the state of the general system for the recognition of higher education diplomas, Brussels, 15 February 1996, COM(96) 46 final.

을 꺼리는 점 등을 들 수 있다. 보건의료서비스 분야에 있어서 자격의 인정 문제를 가장 용이하게 해결하는 방법은 바로 양자협상이나 다자협상을 통해 자격의 상호인정협약을 체결하는 것일 것이다. 그러나 이러한 인정은 국가에 따라 교육의 동등성이 부합하지 않을 경우에는 인정하기에 곤란할 것이다.

따라서, 외국인의 자격을 인정하기 위한 방법은 국제기구에서 국제적 기준을 정립하여 회원국들에게 인준하게 하는 것이다. 즉 그 기준은 WHO 또는 ISO 같은 국제기구와 GATS하의 전문직위원회에서 보건의료인에 대한 자격취득의 국제적 기준을 설정하도록 하는 것이다. 각 회원국이 이러한 기준에 따라 자국의 자격취득제도를 갖출 때, 자격의 동등성을 인정함으로써 외국에서도 인정된 자격으로 면허행위를 할 수 있게 하는 것이다.

第2節 保健醫療서비스의 國境間 供給의 法的 問題

1. 概要 및 問題提起

가. 概要

보건의료서비스 분야에서 國境間 供給形態는 원격의료서비스가 대표적인 형태라고 말할 수 있다. 최근까지 면허와 특허권은 별문제로 하고, 의료서비스에서 국경간 무역은 특히 상업적 이유 때문에 가능할 것 같지 않았다. 그러나 최근 통신 기술은 건강정보분야에서도 빠른 속도로 발전하고 있다. 그 전형적인 예가 바로 원격의료이다. 원격의료란 멀티미디어 즉 음성, 동화상, 데이터 통신 기술을 이용하여 진단, 치료, 의료정보의 전달, 교육

등을 상호작용적 전달을 통하여 의료서비스를 행하는 의료 형태를 말하는 것으로서, 교육과 의학 자료 전송은 물론, 의료처방 전달, 상담, 진단과 처치 등에도 이용되고 있다. 원격의료는 일정 범위까지는 보건의료공급자간 면대면 접촉을 대신하고 있다. 그리고 원격의료는 개발도상국에서는 보험 청구계산 과정도 포함하고 있다.¹⁶⁵⁾

최근 선진국들의 원격의료서비스의 공급과 적용을 위한 추진 배경의 하나는 비용 급등에 따른 결과이다. 미국의 어느 연구에 의하면, 원격의료서비스의 비용은 전통적인 서비스의 절반에 불과할 것으로 예상하고 있다. 보건의료공급자들은 특히 가정방문과 관련 있는 진료에서 매일 더 많은 환자들을 볼 수 있을 것으로 예상하고 있다. 그리고 이것은 특히 의료인력이 부족한 보건의료기관을 유익하게 할 것으로 보고 있다.¹⁶⁶⁾

일반적으로 원격의료서비스에서 국제 무역은 선진국들 사이에서 이루어지나, 선진국으로부터 개발도상국으로의 수입도 이에 해당된다. 원격의료서비스무역의 발전으로 나타나는 직접적인 효과는 의료 진료와 의료의 접근을 개선하고 있다는 것이다. 같은 내용의 질로서 보건의료의 향상을 위한 원격회의 시설이 캐나다, 케냐, 우간다 등에 지속적인 의학교육을 제공하기 위하여 설치되어 있고, 아프리카에는 최신 의학지식과 발전에 대한 혜택을 받기 위해 보건의료종사자들에게 원격의료교육을 허용하고 있다. 원격의료의 발달은 국경간 의료상담을 수용함으로써 결국 의료서비스의 다른 공급형태에 영향을 줄 수 있는데, 이는 환자들이 해외여행을 자제하게 되고, 의료전문가와 학생들은 외국으로부터 원격의료교육서비스를 이용하게 됨으로써, 해외 이동이 줄어들게 된다는 것이다. 원격의료는 또한 같은 교육과정의 개발을 촉진하고, 국가간 전문적인 기준을 상호 수용하게 할 것이다.¹⁶⁷⁾

165) op. cit., 122, para. 73.

166) op. cit., 122, para. 74.

167) op. cit., 122, para. 75.

나. 遠隔醫療의 展望

보건의료서비스의 접근을 개선하고, 환자 및 의사와 간호사의 이동을 포함하는 비용과 여행에 소모되는 시간을 절약하기 위하여, 또한 경제성장과 함께, 노령인구, 교육수준 향상, 새로운 질병의 출현과 기존 질병의 재발생과 내구력 등으로 인하여 앞으로도 계속 원격의료는 발전하게 될 것이다. 그러나 이와 같은 원격의료 서비스의 혜택을 볼 수 있는 국가들은 선진 의료기술과 이를 공급하고 수용할 수 있는 의료전문가들을 활용할 수 있는 선진국이 대부분일 것이다. 반면, 원격의료통신망에 접근할 수 없는 낙후지역의 소비자들과 저개발국의 경우에는 의료서비스를 이용할 수 있는 현실적 혜택뿐만 아니라 잠재적 혜택마저 박탈당할 가능성이 높고, 보건전문가들 역시 이들 지역과 국가들을 외면하게 될 것이다.¹⁶⁸⁾

WTO의 배경자료에 따르면 원격의료의 중요성은 계속 증가하고 있다.¹⁶⁹⁾ 예를 들어, 미국의 서비스 공급자들은 이미 여러 아랍지역 국가들의 소비자들에게 상업적인 원격의료 서비스를 제공하고 있다. 요르단에서는 미국에 있는 Mayo Clinics와 원격의료 연계체제를 구축했다. 또한 원격의료 서비스 거래는 중국의 일부 해안지역과 타이완, 마카오 및 기타 동남아시아 국가들의 환자들 사이에 이뤄지고 있다. 또한 의료용 검체의 국경간 이동 사례로서, 몇몇 중앙아메리카의 국가들은 멕시코의 공공병원들에게 진단을 위한 검체를 보내기 시작했다고 한다.¹⁷⁰⁾

하지만 원격의료기술을 이용한 원격의료서비스 공급은 실질적 또는 잠재적 무역장벽으로 작용할 수 있고, 그에 대한 비판이 제기되고 있다. 또한 어떤 경우에는 원격의료서비스가 대단히 고비용의 무역체제를 만들 수도 있다. 그러나 최근 통신기술 장비의 가격이 하락하고 있는 것이 일반적인

168) op. cit.,122, para. 76.

169) WTO Council for Trade in Services, "Health And Social Services-Background Note", S/C/W/50(18 September 1998)

170) op. cit.,122, para. 1.85.

추세이고, 또 정보전달체계가 광범위하게 구축되고 있으므로 이와 같은 문제는 머지않아 점차 줄어들 전망이다. 특히 후자와 관련하여, 의료정보 전송 데이터와 이미지 및 전자의무기록 등에 대해서는 어느 정도 국제적인 표준이 마련되고 있다. 물론 표준들에 대한 적합성문제가 해결되어야 하나 적어도 국제적으로 인정된 기준들은 무역과 치료의 동등성을 높이게 될 것이다.¹⁷¹⁾

원격의료와 관련한 또 하나의 문제는 대부분의 환자에게 있어서는 원격 의료가 상당히 유익한 효과가 있다는 점은 인정하지만, 보험적용이 되지 않는다는 점이다. 그럼에도 불구하고, 원격의료에 대한 소비자들의 선호는 점차 높아지고 있다. 즉, 원격의료 상담을 수용하기 위한 소비자의 소극적인 태도와 두려움, 직접적인 면대면 접촉에 대한 선호도가 원격의료공급을 제한할 것이라는 연구가 발표되었으나, 현실적으로는 이러한 예상과는 반대의 결과가 나왔다. 소비자들에게 있어서 원격의료기술의 수용은 그리 주요한 문제가 아니었다는 것을 반증하고 있는 것이라고 할 수 있다.¹⁷²⁾

다. 問題 提起

원격의료가 광범위한 체제로 실행되기 전에 많은 기술적, 윤리적 특성의 문제들이 극복되어야 할 과제로 남아있다. 먼저 원격의료의 공급형태는 i) 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 이용하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태, ii) 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료 보조 인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태, iii) 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, iv) 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태 등으로 요약할 수 있다. 여기에 정보통신망을 이용한 검진과 더불어 환자의 검체도 국경간 이동을 함으로써 遠隔醫療의 범주에 포함될 수

171) op. cit.,122, para. 77.

172) op. cit.,122, para. 80.

있다.¹⁷³⁾ 이렇게 원격의료의 공급형태는 정보통신망을 이용하여 이루어지기 때문에 국내뿐만 아니라 외국과도 의료행위가 이루어진다.

위와 같은 원격의료와 관련하여 다음과 같은 중대한 법률문제가 발생할 수 있다.

첫째, 원격상담이나 원격검진의 결과로서 발생하는 의료과오의 책임문제는 누구에게 있는가?

둘째, 이에 대한 재판관할권은 어느 국가가 가지며, 또 어느 국가의 법을 준거법으로 적용해야 하는가?

셋째, 외국의 의료인이 원격의료행위를 통해 전자처방전을 발행했을 때, 이 처방전에 대한 국내적 효력이 있는가?

넷째, 원격의료행위에 의한 의학적 상태에 관한 정보공급에서 환자의 프라이버시와 환자의 전자의무기록의 정보가 안전하게 보호될 수 있는가?

위와 같은 문제를 논의하기 위해서 원격의료의 定意와 類型을 서술하고, 외국의 원격의료에 대한 입법동향을 살펴보고자 한다. 그리고 이들 원격의료행위에 따른 법적 문제에 대해 검토하고자 한다.

2. 遠隔醫療의 意義

가. 遠隔醫療의 定意

복합적인 성격을 갖는 원격의료(Telemedicine)를 간단하게 정의하는 것은 용이하지 않다. 게다가 기관이나 사람, 혹은 영문번역상의 차이에 따라서 원격의료의 정의는 다양하다. 하지만 원격의료는 ‘복합적인 성격’의 의미와 내용의 규명을 통해 그 개념의 정의를 시도하고자 한다.

먼저, 원격진료는 환자와 의료인간의 모든 상호작용 가운데서 얼굴을 대

173) 왕상한, “WTO 보건의료서비스 협상과 주요 쟁점”, 경영법률, 2002, p. 370.

면하지 않고 전화나 인터넷, 무선통신 수단 등을 통하여 이루어지는 것을 의미한다. 이러한 측면에서 보면, 廣義의 원격진료는 진료행위를 향상시키기 위해 동원되는 음향, 데이터, 화상, 비디오 기술뿐만 아니라 컴퓨터, 원격화상회의 시설, 상호작용적(interactive) 텔레비전 및 전화기, 호출기, 그리고 인터넷 등도 포함된다.

다음, 원격진료서비스의 범위는 어디까지 가능할 것인가? 그 범위는 유선상(on-line)으로 이루어지는 진료예약에서부터 원격지에 있는 외과의사에게 원격지 통신수단으로 지시를 받으면서 一般醫가 환자를 수술할 수도 있는 등 상당히 광범위하다. 이러한 통신수단을 이용하여 환자의 문제에 대한 평가, 진단을 수립하고 확정하는 것, 의사들 간의 상담, 의사-환자간의 상담, 데이터 전송, X-Ray 영상전송, 상호작용적 교육과 수련 등이 원격 진료 체계 하에서 가능한 예이다.¹⁷⁴⁾

이와 같은 제 측면들을 고려해보면, 원격 의료란 “멀티미디어 즉 음성, 동화상, 데이터 통신 기술을 이용하여 진단, 치료, 의료정보의 전달, 교육 등을 상호작용적 전달을 통하여 의료서비스를 행하는 것이다”라고 정의할 수 있을 것이다.

나. 遠隔醫療의 類型

원격의료는 전달정보의 종류, 정보의 전달 이유 또는 목적, 정보가 전달되는 방법에 따라서 그 유형을 구분할 수 있다.¹⁷⁵⁾ 아래에서는 전달 정보의 종류로서의 원격의료와 그 기능적인 측면 및 그 실시시기에 의거하여 원격医료를 분류하고, 그 주요 유형에 대해 구체적으로 검토하기로 한다.

첫째, 전달 정보의 종류로서의 원격의료는 텍스트, 음향, 동영상 등의 모든 데이터를 포함하는 멀티미디어 자료의 형태로 공급된다. 그리고 이러한

174) Douglas E. Goldstein, 김성권 역, e Healthcare, 고려의학, 2001, p. 198.

175) 유시원, “원격의료의 동향과 대응방안”, 보건복지포럼 통권 제69호, 한국보건사회연구원, 2002. 7, p. 2.

수단에 의해 환자의 진료정보에 대한 전자의무기록의 형태로 저장되어 원격의료에 이용될 수 있다. 이 점에서 바라보면, 오늘날의 원격의료는 전통적인 원격의료보다 가치가 있다는 것을 알 수 있다. 즉, 원격의료에서는 임상실험정보 및 영상자료(PACS : Picture Archiving and Communication System)를 전달할 수 있으며, 이러한 정보를 휴대용 컴퓨터(note book) 및 통신장치 등을 이용하여 시간과 공간을 초월하여 의료정보를 교환할 수 있는 것이다.

둘째, 원격医료를 그 기능적인 면에서 분류하면, 의사와 환자간 원격상담에 의한 진료 및 원격검진에 의한 진료와 처방, 원격수술, 원격처치, 원격의사교육, 원격간호 등으로 분류할 수 있다.

셋째, 원격医료를 그 실시시점에 따라 분류하면, 실시간 방식(real-time)과 비동기식(asynchronous) 방식으로 나눌 수 있다. 실시간 원격의료는 의사와 환자 상호간에 비디오에 의한 실시간 상담을 통하여 가능하며, 이때 의사는 원격医료를 위하여 실재(presence)하여야 한다. 비동기식 원격의료는 저장 및 전달기술(store-and-forward technology)을 활용하여 오디오, 비디오, 정지화상, 데이터 등을 송신하거나 수신하는 시점이 서로 다를 수 있다는 단점이 있다. 반면, 이 방식은 실시간 원격의료 방식보다 시간을 절약하고 그 비용면에서 효과적으로 의료서비스를 제공할 수 있는 장점이 있다. 이처럼 하드웨어 및 네트워크 하부구조 위에서 정보통신기술서비스가 의료의 각 분야별(진료과)로 다양한 형태의 필요한 정보를 상호간에 실시간 또는 비동기식으로 전달함으로써 원격의료의 실행될 수 있다.

(1) 遠隔相談

遠隔相談은 인터넷을 이용한 의사간의 원격상담과 의사와 환자간의 원격상담으로 구분된다. 전자는 원격지 의사가 정보통신망을 통하여 의료지식 또는 기술에 대해 현지의사에 대한 상담을 하는 것이고, 일대일 또는 일대다자의 형태로 이루어진다. 후자는 의사가 정보통신망을 통하여 원격지의 환자에게 상담하는 것이다.

인터넷을 이용한 의료상담은 이미 외국뿐만 아니라 우리나라에서도 광범위하게 이루어지고 있다.¹⁷⁶⁾ 이러한 유형의 상담은 의료행위에 해당하는가에 대한 보건복지부의 입장은 인터넷 건강상담은 ‘피상담자의 질문이나 진술을 토대로 그 상태를 파악하는 문진에 해당할 수 있으므로’ 원칙적으로 의료인이 아닌 자는 수행할 수 없으나 의학적으로 검증된 일반적인 정보를 제공하는 것은 가능하다고 보고 있다.¹⁷⁷⁾

(2) 遠隔檢診과 電子處方箋

원격검진이란 환자의 심전도, 혈압, 체지방, 혈당, 각종 방사선 촬영 등의 원격측정결과를 의사가 정보통신망을 통하여 분석하고, 그 결과에 따라 원격지의 환자를 진료하고 처방을 발행하는 것이다.¹⁷⁸⁾

원격진료는 원래 진단장비나 치료시설이 빈약한 시골이나 낙도의 일반의사가 도회지의 전문의사에게 자문을 구할 수 있는 방편으로 시작하였는데, 의사와 환자가 직접 대면하는 방식으로 진료를 행하는 것은 아니었다. 미국 의사협회에서는 인터넷상에서 처방을 하기 위해서는 의료의 최소요건 (minimum standard)을 갖추어야 한다고 하였다.¹⁷⁹⁾ 그 요건은 첫째, 이학적 검사, 둘째, 치료선택에 대한 환자의 대화, 셋째, 신뢰할 만한 병력청취, 넷째, 처방한 약에 대한 편익과 위험에 대한 정보제공, 다섯째, 치료효과에 대한 추적관찰이다. 미국의사협회에서 제공하는 인터넷 처방지침에 따르면 인터넷처방을 제재하기보다는 적절히 사용할 수 있도록 유도하기 위한 것으로 알 수 있다.¹⁸⁰⁾ 여기서 합법적인 권장사항에 대해서, 첫째, 의사가 병력청취와 이학적 검사를 한 후 컴퓨터를 이용해서 처방을 하고, 온라인을 이용해서 약국으로 보내는 것은 적극 권장하고 있다. 자동화된 프로그램으

176) 천병철, “인터넷을 이용한 의료-현황과 전망”, 대한의사협회지 제45권 제1호(2002. 1), p. 10.

177) 박인석, “정보화와 의료법”, 제16차 대한의료정보학회 춘계학술대회 초록집, 2000, pp. 98-101.

178) 유시원(주175), 전계논문, p. 2.

179) AMA, Report of the board of trustees, B of T Report, 35-A-99, 1999.

180) 천병철(주176), 전계서, p. 13.

로 처방오류가 감소하는 것을 확인했기 때문이다. 둘째, 인터넷처방이 가능한 예는 최근에 진찰한 환자에 대한 반복처방이다. 이때 환자는 이메일 등으로 반복처방을 요구할 수 있고, 의사는 역시 이메일이나 인터넷을 이용하여 반복처방을 할 수 있다. 셋째, 의사가 환자의 문제를 이미 잘 알고 있는 경우에는 새로운 처방도 인터넷으로 가능하다고 한다.

(3) 電子醫務記錄

의무기록은 환자의 질병에 관계되는 모든 사항과 병원이 환자에게 제공한 검사, 치료 및 결과에 관한 사항을 기록한 문서로서 진료개시부터 완료까지 진료할 때 마다 의사가 그 진료에 관한 사항과 소견을 기재해야할 서류를 말한다.¹⁸¹⁾

의무기록의 전산화는 1991년 종이의무기록에 대한 관리와 질의 어려움이 많은 결과 미국 국립과학원(National Academy of Science)의 요청으로 의학회가 “전자의무기록: 보건의료의 핵심기술(Computer-based Patient Records: An Essential Technology of Health Care)”이라는 보고서를 작성함으로써 본격적으로 논의되기 시작했다. 그 이후 1992년 전자의무기록협회 CPRI(Computer-based Patient Records Institute)가 결성됨으로서 급속히 발전하였다. 미국의학협회에 의하면, 의무기록이란 “정확한 자료를 제공하고, 의료인에게 필요한 정보를 주어 임상결정을 도와주기 위한 병원정보 시스템이나 처방전달시스템의 내부에 포함되어 있는 전자적 형태의 환자기록”이라고 정의하고 있다.¹⁸²⁾

181) 이인영, “전자의무기록과 사생활비밀보호”, 대한의료정보학회 2000년 추계학술대회 워크샵 연세집, 2000, pp. 10-29.

182) Zolot. J.S, Computer-based patient records, AJN, 1999; 99(12): 64.

3. 遠隔醫療의 立法 動向

가. 인터넷 웹사이트 規約

인터넷 사이트관련 규약인 HON(Health On the Net) code는 인터넷 의 료상담에 관한 원칙을 두고 있다.¹⁸³⁾ 제1조에서는 웹사이트에서 제공되는 의 학적인 상담은 반드시 자격이 있는 전문가를 통하여 이루어져야 하며, 그 령지 못한 경우 비전문가의 조언임을 명시하도록 하였다. 제2조에서는 웹사 이트의 정보는 환자(사이트방문자)와 그들의 진료를 실질적으로 맡고 있는 의 사들 간의 실제 진료행위를 대신하기 위한 것이 아니라 이를 지원하기 위 한 것으로 구성되어야 한다고 하여, 실질적인 인터넷 상담보다는 형식적 인 인터넷 상담에 비중을 두고 있다.

나. 미국의 立法動向

(1) 美國醫學協會

미국의학협회에서는 인터넷의료상담에 대하여 윤리적, 법적 문제에 대한 협회의 의견을 밝히고 있다.¹⁸⁴⁾ 통신매체에 의한 의 료상담은 일반국민들에 게 유용한 정보를 제공할 수 있을 것이란 견지에서, 비록 통신매체에 의한 의 료상담이 극히 제한된 의료서비스를 제공하기는 하나, 적절히 이용된다면 기존의 의료서비스를 보완하는데 유용하게 사용할 수 있을 것이라는 입 장을 내놓고 있다. 또한 통신매체에 의한 상담에서 의사는 진단을 내려서는 안 되며, 상담에 응하는 의사는 상담자로부터 필요한 모든 정보를 얻어야 한다는 공식입장을 내세우고 있다.

183) Health on the Net Foundation code, <http://hon.ch/HONcode/Guidelines/guidelines.html>.

184) E-5.025 Physician Advisory or Referral Services by Telecommunications.

(2) 웨스트버지니아주의 立法動向

웨스트버지니아 주에서는 원격의료에 대하여 다음과 같은 두 가지 형태, 즉 첫째, 원격자문의 형태를 통해 그곳의 의사로부터 진단이나 치료에 관한 진료소견을 받는 것을 허용하고, 둘째, 다른 곳의 의사로부터 치료를 받는 것을 법적으로 인정하고 있다.¹⁸⁵⁾ 단, 이와 같은 원격의료는 웨스트버지니아 주 내에 있는 환자에 대한 진료정보를 웨스트버지니아 주에 있는 의사나 대리인이 전자적 또는 다른 방법에 의해 다른 곳에 있는 의사에게 전송하는 경우를 전제로 하고 있다.

(3) 몬테나주의 입법동향

몬테나주는 2000년 10월 1일부터 원격의료의 자격에 대한 법안이 시행되고 있다. 즉, 몬테나주 의료심사위원회에서 발급된 원격의료 인증서 취득자 이외에는 원격의료 행위를 하는 것을 금지하고 있다. 이 법에 따르면, 의료행위를 허가하는 의사의 면허 종류로서 기존에 있던 의사면허(physician's certificate), 제한적 면허(restricted certificate)에 새로이 원격의료(telemedicine certificate)가 추가되었다.¹⁸⁶⁾ 이 원격의료면허가 없이는 원격의료행위를 할 수 없다.

다. 유럽의 입법동향

(1) 유럽 醫師 상임위원회

유럽醫師상임위원회(Standing Committee of European Doctors)에서 채택한 원격의료에 대한 윤리가이드라인에서는 의사가 이전에 환자를 진찰한 적이 있거나 현재의 문제에 대해 충분한 지식을 가지고 있을 경우에만 통신매체에 의한 원격자문이 가능하다는 입장을 보이고 있다.¹⁸⁷⁾

185) West Virginia Code. sec. 30.3.13.

186) Montana Code. Sec. 37.3.301.

187) Ethical Guidelines in Telemedicine(CP 97/033), 1997. 4.; 채영문, “보건의료정보의 법제도

(2) 영국의 입법동향

영국의 General Medical Council에서는 1998년 11월 온라인 또는 전화에 의한 상담이나 의료서비스 제공에 대한 입장을 표시하였다.¹⁸⁸⁾ 전화나 이메일을 통한 상담이나 처방은 의사가 환자를 이전에 진찰한 적이 없는 경우, 어떠한 검사결과도 알 수 없는 경우, 적절한 추적관찰이 이루어지지 않은 경우에는 이의 시행은 적절하지 않다고 하였다.

전화나 이메일을 통해서 환자에게 서비스를 제공하려고 하는 의사는 그 서비스가 환자에게 도움이 되는지 정밀하게 검토하여야 하며, 도움이 된다고 판단되면 지역 의사협회나 의료법률 협회에 조언을 구해야 한다고 밝히고 있다.

(3) 독일의 입법동향

독일은 의사가 편지왕래만으로 의료상담을 포함한 어떠한 의학적 치료도 환자에게 행할 수 없도록 되어 있다. 통신매체나 컴퓨터 네트워크를 통하여 의료상담이나 의학적 치료를 하는 경우에도 마찬가지이다.¹⁸⁹⁾

라. 일본의 입법동향

일본은 정보통신기기의 개발 및 보급에 따라 의료기관과 의사 상호간을 중심으로 환자의 병리 화상 등을 전문의에게 전송하고, 진료상의 지원을 받는 시스템이 이미 일부에서 실용화되면서 1997년 당시 후생성은 정보통신기기를 이용한 통지를 내린 바 있다.¹⁹⁰⁾

후생성 건강정책국장이 1997년 12월 24일, 각 지방자치단체장에게 보낸 통지에서, ‘의사법 제20조에서의 「진찰」이란 문진, 촉진, 청진, 기타 수단

개선방향”, 보건의료정보화의 과제와 미래 심포지움, 2001;15.

188) Providing advice and medical services on-line or by telephone. 1998. 11.

189) B.II. § 7, Par. 3; German Model Regulation for the Professional Code.

190) 정보통신기기를 이용한 진료에 대해서(후생성고시 제1075호). 1997. 12. 24.

여하를 불문하지만 현대 의학으로 보면 질병에 대해서 일응 진단을 내릴 수 있을 정도의 것을 말한다. 따라서 직접 대면진찰에 의한 경우와 동등하지 않다고 하더라도 이에 대체할 수 있을 정도로 환자의 심신상황에 관한 유용한 정보를 얻게 될 경우에는 정보통신기기를 이용한 진단을 하는 것을 곧바로 의사법 제20조에 저촉되는 것으로 볼 것은 아니다'라고 긍정적인 견해를 밝힌 바 있다.

마. 말레이시아의 立法動向¹⁹¹⁾

말레이시아의 원격의료법은 1997년 원격의료법(Telemedicine Act 1997)으로 제정되었다. 이 법에 따르면, 원격의료란 “음성, 영상, 데이터통신을 이용한 의료의 시행을 말한다.”라고 정의하고 있다.¹⁹²⁾

(1) 遠隔醫療人의 資格

동법 제3조 1항에서 원격의료를 시술할 수 있는 자를 1) 정당한 시술인증서를 가진 자로서 완전등록 의사, 2) 외국에서 등록 또는 면허취득한 의사로서, a) 심의회가 발행한 원격의료시술증명서를 가지고 있고, b) 정당한 시술인증서를 가진 완전등록 의사를 통하여 말레이시아 외부로부터 원격의료를 행하는 자들로 제한하고 있다. 또한 동조 2항은 1항 1호의 규정에도 불구하고 완전등록 의사가 행하는 실제시술에 대하여 청장은 용어와 조건을 명백히 한 서면으로 임시등록 의사, 등록된 의료보조원, 등록된 간호사, 등록된 조산원 기타 의료를 제공하는 자로서 1) 청장이 허용하는 것이 적절하다고 인정하고, 2) 완전등록 의사의 권한, 지시, 감독 하에서 실제 시술되는 경우에는 원격의료를 허용할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정을 위반하여 원격의료를 행한 자는 그가 말레이시아 밖에서 시술함에도 불구하고 50만 ringgit¹⁹³⁾ 이하의 벌금 또는 5년 이하의 징역에 처하거나 이를

191) 새천년준비위원회, “텔레니엄관계법 제정에 관한 연구”, 한국법학교수회(공편), 2000, p. 49.

192) 말레이시아 원격의료법, 제2조 10호.

병과할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁹⁴⁾

(2) 遠隔醫療 認證書

동법 제4조에서 원격의료 인증서는 제3조 1항 2호의 규정에 의한 원격의료시술인증서의 신청은 외국에서 등록 또는 허가받은 의사가 정해진 문서, 사항, 보수에 따라 소정의 방법 또는 양식으로 완전등록 의사를 경유하여 심의회를 거쳐야 한다고 규정하고 있다.¹⁹⁵⁾ 심의회는 3년을 초과하지 않는 범위 내에서 원격의료를 할 수 있도록 신청자에게 용어와 조건을 특정하여 인증서를 발급할 수 있다.¹⁹⁶⁾ 또한 심의회는 제4조 2항의 규정에 의하여 발급한 원격의료시술 인증서의 용어와 조건을 언제든지 변경할 수 있고,¹⁹⁷⁾ 인증서를 발급받은 자가 인증서에 특정된 용어 또는 조건을 위반한 경우에는 심의회는 언제든지 제4조 1항의 규정에 의하여 발급한 원격의료시술 인증서를 취소할 수 있다¹⁹⁸⁾고 규정하고 있다. 또한 5항에서는 심의회는 원격의료시술인증서 발급거부 또는 원격의료시술 인증의 취소에 불복하는 자는 장관에게 항소할 수 있으며, 장관의 결정은 최종적인 것이 된다고 규정하고 있다.

(3) 환자의 동의

동법에서는 원격의료행위를 시행하기 위해서는 제5조 1항에서 완전등록 의사는 환자에 관하여 원격의료시술을 하기 전에 환자의 서면동의를 받아야 한다고 규정하고 있다. 제5조 2항에서는 환자의 동의는 완전등록 의사가 환자의 동의 전에 환자에게 1) 환자는 장차 간호 또는 치료받을 자신의 권

193) 말레이시아의 화폐단위.

194) 말레이시아 원격의료법, 제3조.

195) 말레이시아 원격의료법, 제4조 1항.

196) 말레이시아 원격의료법, 제4조 2항.

197) 말레이시아 원격의료법, 제4조 3항.

198) 말레이시아 원격의료법, 제4조 4항.

리를 침해받음이 없이 언제든지 자신의 동의를 자유롭게 철회할 수 있다는 점, 2) 원격의료의 결과, 이익, 잠재적 위험, 3) 현행 모든 비밀보호는 원격의료 상호작용과정에서 취득 또는 공개된 환자에 관한 정보에 적용된다는 점, 4) 원격의료 상호작용과정에서 초래되거나 그 동안에 교환 또는 이용된, 환자의 또는 환자에 관한 것으로서 인정될 수 있는 모든 영상 또는 정보는 환자의 동의 없이 어떠한 연구자나 기타의 자에게도 유포되지 않을 것이라는 점을 통지해야 유효하다고 규정하고 있다.

이러한 동의는 제5조 2항의 규정에 따라 제공된 정보를 자신이 이해한다는 점과 그 정보가 완전등록 의사와 논의된 것이라는 점을 지적하여 환자가 서명한 진술이 포함되어야 한다고 규정하고 있다.¹⁹⁹⁾ 또한 환자의 제5조 1항에 의한 서면동의와 제5조 3항에 의한 진술은 환자의 의료기록의 일부가 되어야 한다.²⁰⁰⁾

한편 동법은 제6조 시행규칙에서 “장관은 이 법의 시행을 위하여 필요하거나 적절하다고 판단되는 규칙을 제정할 수 있다(1항).”고 규정하고 있고, 제6조 2항에서는 1항의 규정에 반하지 않는 한 규칙에 다음 각호의 사항을 규정할 수 있다고 명시하고 있다.

이것은 1) 건물내에서 원격의료를 행하는 데에 이용될 수 있는 모든 시설물, 컴퓨터, 장치, 기구, 장비, 도구, 재료, 물품, 물건에 관한 최소한의 기준, 2) 원격의료서비스에 관하여 수용할 수 있는 품질보증과 품질규제에 관한 사항, 3) 이 법의 적절한 집행과 관리를 위하여 필요한 도서, 기록, 보고서 등을 보관하도록 원격의료를 시행하는 자에게 요구하고, 그러한 도서, 기록, 보고서를 보관하고 발행하는 방법에 관한 사항, 4) 청장에 대한 통계정보의 제공요청, 5) 이 법에 의하여 제정된 모든 규칙의 규정내용을 위반한 자에 대한 벌금 또는 징역 및 그 병과. 다만 벌금은 5천 ringgit 이하이고 징역은 1년 이하이어야 한다. 6) 이 법 또는 이 법에 의하여 제정된 규칙의 위반 중 화해가 가능한 위반행위, 화해의 당사자 및 방법, 7) 기타 이 법에

199) 말레이시아 원격의료법, 제5조 3항.

200) 말레이시아 원격의료법, 제5조 4항.

의하여 정하도록 요구되었거나 허용된 사항 등을 내용으로 하고 있다.

4. 遠隔醫療에서 法的 問題

정보관련 기술이 하루가 다르게 발달하는 정보기술과 통신기술을 이용하는 원격의료와 의약품·의료기기 교역에 있어서 전자상거래분야는 우루과이라운드 협상당시와 비교하여 전혀 새로운 보건의료서비스 환경에 속한다. 인터넷을 이용한 의료정보 교환과 가상시스템(Virtual System)을 이용한 진료와 상담은 기존의료시스템의 한계를 극복하는 수단을 제공하였다. 이러한 수단은 원격지 의료인과 현지의 환자, 원격지 의료인과 현지의료인 사이의 원격진료와 상담·자문이 가능해 졌다는 것이다. 이러한 원격진료로 인해 발생하는 의료사고의 책임과 그에 대한 보상문제, 통신료 부담문제, 상담료의 인정문제, 처방전의 국제적 인정, 원격의료인의 자격, 원격의료에 대한 비용지불방법, 원격의료의 영역 및 범위, 국경간 원격의료를 정보통신 기술의 표준제정, 원격의료를 위한 의학용어 및 진료기록 표준 등이 문제가 될 수 있다. 또한 보건의료서비스 수행시 환자의 개인정보가 필수적이므로 원격의료에서 자국민의 개인정보의 유출에 대한 문제도 개인정보보호의 문제가 될 수 있다.

가. 醫療過誤

醫療過誤란 의사가 환자를 진료하면서 당연히 기울여야 할 업무상 요구되는 注意義務를 게을리 하여 사망, 상해, 치료지연 등 환자의 생명·신체의 완전성을 침해한 결과를 일으키게 한 경우로서 의사의 주의의무 위반에 대한 비난가능성을 말한다. 醫療過誤를 의사의 故意·過失에 기인한 의료행위라고 하나, 이 중 고의에 의한 의료행위란 의료과오라 할 수 없다. 우리 대

법원 관례상의 의료행위란 「의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것」이라고 정의하고 있는데,²⁰¹⁾ 고의에 의한 행위는 살인이나 상해 또는 그 미수죄인 범죄행위이지 의료행위로 분류할 수 없다. 고의에 의한 행위는 그것이 의사가 범하든지 일반인이 범하든지 간에 일반 불법행위에 의해 해결하면 될 것이다. 따라서 의료과오 소송은 의사의 過失責任의 유무가 쟁점이 되는 민사사건만을 가리키는 것으로 사용하고 있다.²⁰²⁾

遠隔醫療에서 醫療過誤는 서비스 공급 형태가 遠隔地 의사와 現地 의사가 정보통신망을 이용하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진 형태, 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료 보조인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태, 원격지의사가 정보통신망을 이용하여 현지 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, 원격지의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태로 분류할 때 발생할 수 있는 문제이다. 이러한 형태에 따라 의료과오는 遠隔 診療時 의료인이 주의의무를 다하지 못했을 때 발생하는 의료과오문제, 진료수단인 의료장비 상의 문제로 인한 의료과오 문제, 원격진료의 통신수단의 장애로 인해 발생하는 문제로 분류해 볼 수 있다. 이에 따라 의료과오의 법적성질인 過失責任과 危險責任을 먼저 논의하고, 의료과오의 법적책임을 논의할 것이다. 의료장비의 하자로 인해 발생하는 의료과오는 제조물책임과 사용자 책임을 논의하는 가운데 법적책임을 논의할 것이다.

(1) 過失責任과 危險責任(無過失責任)

(가) 過失責任

過失責任主義는 어떤 손해가 타인의 고의나 과실에 의하여, 타인의 의사에 基하여 발생했을 경우에만 그 타인에게 이에 대한 배상책임을 묻는다는

201) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결.

202) 신현호, 의료소송 총론-의료행위와 의사의 법적 책임-, 육법사, 2000, pp. 33-35.

원칙으로서 근대민법이 자유주의적 세계관에 입각하여 개인의 경제적 활동의 자유를 최대한 보장하기 위하여 취했던 원칙이다.²⁰³⁾ 이 원칙은 불법행위책임의 근거를 손해야기행위의 비난가능성에 두고 있는 것으로서 손해사건이 자연력이나 피해자 자신의 실수로 인해서만 발생하는 경우에는 공평타당한 손해전보의 원칙이 될 수 있다. 자기의 행위로 인하여 타인에게 재산적 손실 기타의 불이익을 주었을 때에, 그 불이익이 자신의 행위에 의하여 야기되었다는 사실만으로 행위자에게 그 어떠한 책임이 주어진다면, 인간은 아무런 행위도 할 수 없고 따라서 인격의 자유로운 형성은 기대할 수 없게 된다. 그러한 불이익을 그 원인행위를 한 사람에게 돌리기 위해서는, 그 사람에게 일정한 귀책사유(고의 또는 과실)가 있어야만 한다. 이것을 과실책임의 원칙이라고 하는데, 우리민법 제750조는 ‘고의 또는 과실’로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하여, 이것을 불법행위의 기본원리로 삼고 있다.²⁰⁴⁾

① 의료과오에서 과실책임의 특수성

의료과오에 대한 책임은 불법행위책임으로 구성하는 것과 의료기관의 진료계약위반, 즉 채무불이행책임 특히 불완전이행으로 구성된다. 이러한 구성에 따른 의사의 책임은 과실책임에 해당한다. 의료행위에 있어서 환자는 질병의 악화방지 혹은 완치를 구하기 위하여 의사에게 진료를 의뢰한다. 醫師는 환자의 意思에 근거하여 그를 자기의 전문적인 지식영역 하에서 치료를 하게 된다. 그러나 환자가 결과적으로 질병이 치유되지 않거나 합병증 등이 발생하여 중상해, 사망 등의 악결과가 발생하게 된다면, 이는 살인이나 교통사고와 같이 우연에 의한 것이 아니고 진료계약에 근거하기 때문에 의료과오사건은 채무불이행책임을 구성하는 親契約의 성질을 가진다. 그런데 환자의 진료계약은 의사와 환자의 합의만으로 결정하는 것이 아니고 환자의 신체상태, 진료경과 등에 따라서 의사의 구체적인 의무가 정해지게 된

203) Kötz Deliktsrecht, 3Auffl., 1983.S. 29f.; 서광민, “위험책임의 요건과 그 인정방법”, 사법행정 (1989. 11), p. 32.

204) 김준호, 민법강의, 법문사, 2000, p. 1184.

다는 것이다. 그리고 의료과오를 불법행위책임으로 구성하는 경우에 과실은 환자의 치료과정 중에 어떤 실수로 환자의 병상을 악화시키거나 사망이라는 결과를 가져왔을 경우의 의료행위는 위법성을 가진다. 이러한 실수는 치료과정 중에서 의사가 행해야 할 것을 하지 않았거나 또는 해서는 안되는 것을 행함으로써 발생한 사고이므로 이것은 의사의 주의의무위반에 의한 과실을 의미한다고 할 것이다. 의료행위에 대한 과실의 적부를 평가하는데 다음의 몇가지를 고려해야 할 것이다. 첫째, 의료행위는 구체적인 상황이 고려되는 것이 전제되어야 한다. 둘째, 모든 의료행위는 환자의 동의·승낙이 필요하다. 셋째, 의료행위는 그 시대의 보편적인 의료수준에 따라 시행하여야 한다. 넷째, 환자의 특이체질 등 개체의 차이를 어떻게 평가하느냐가 문제가 된다. 다섯째, 의료행위는 의사의 전문영역이므로 의사에게는 재량권이 부여되어 있으나 재량권의 범위를 어디까지 인정하느냐의 문제가 있다. 여섯째, 약화사고시 의사의 과실과 제약회사의 제조물책임과 관련성이 문제가 된다.²⁰⁵⁾

② 이행보조자의 고의·과실

불법행위책임은 피고용인의 불법행위에 대해서 사용자책임(우리 민법 제 756조)이다. 여기서 사용자와 피용자의 관계는 반드시 고용계약을 기초로 하지 않고, 선임감독의 관계에 있으면 된다고 한다. 우리민법 제756조의 “피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해”라는 요건에 대해서는 그 행위가 사용자의 사업과 적당한 견련관계에 있고, 객관적·외형적으로 사용자의 사업범위에 속하고 있으면 된다고 한다.²⁰⁶⁾

채무불이행책임의 경우는 채무자의 고의·과실 중 고용의사, 간호사, 의료기사 등 이행보조자의 고의·과실이 포함된다. 이행보조자의 고의·과실은 채무자의 고의·과실과 전적으로 동일시된다. 이와 관련하여 의료계약에서 의료법인이 환자와 진료계약을 체결하는 주체는 의료법인이고, 의사 등은 거기에 고용관계에 있으므로 의사의 진료행위는 이행보조자로서 책임을 진다.

205) 신현호(주202), 전게서, pp. 315-320.

206) 신현호(주202), 전게서, p. 249.

그리고 개인이 개업한 의사와 그가 고용하고 있는 간호사, 기사 등과의 관계이다. 간호사 등은 의사의 이행보조자의 지위에 있기 때문에 간호사, 의료기사 등의 고의·과실은 의사의 고의·과실과 동일시된다고 한다.

(다) 危險責任(無過失責任)

고도로 과학기술화된 현대 사회에서 발생하는 각종 사고의 양상은 이 과실책임주의 원칙에만 의존해서는 손해의 공평·타당한 전보가 불가능함을 말해주고 있다. 즉 이러한 사고들은 가해자측의 고의나 과실없이도 발생할 수 있는데, 이는 우리 민법 750조의 원칙에 따르면 피해자 스스로가 항상 그 손해를 부담해야 할 것이다.

위험책임(Gefährdungshaftung)이라 함은 특별히 위험한 시설이나 물질을 운영 보유하는 자가 그 위험원으로부터 발생한 손해를 가해행위의 위법성이나 유책성의 유무에 불구하고 배상해야 할 책임을 말한다. 위험책임에 있어서의 위험이라 함은 기차 또는 항공기의 운행, 원자로의 운영, 폭발물의 사용, 대기·수질오염물질을 방출하는 공장운영과 같이 고도의 위험 또는 특별한 위험을 말하는 것으로, 자동차·기차·항공기·전기·가스원자로·화학제품 등의 운영·생산과 같이 위험발생의 원인이 되는 행위 내지 활동은 사회적으로나 공공사회의 이익을 위해서 유용하거나 필수적인 것이므로 그것 자체는 적법한 것이다. 그러나 이와 같이 허용된 활동으로부터 발생한 피해는 회피하기 어렵고 그 질과 규모가 심각하고 크기 때문에,²⁰⁷⁾ 위험한 활동으로부터 이익을 얻는 자에게 그 활동으로부터 발생한 손해에 대하여 그의 과책의 유무를 묻지 않고 배상책임을 귀속시키지 않을 수 없다.²⁰⁸⁾ 따라서

207) Oftinger. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1.Bd., AT. 4. Aufl., 1975, S. 20f. 危險責任에 있어서의 危險(Gefahr)의 기념표지로서, 첫째 일정한 손해의 발생이 그 행위나 활동의 특정적 속성이라 할 수 있고, 둘째 해당시설·물질 또는 활동으로 인한 손해가 발생할 때에는 양적으로나 질적으로 증대한 결과를 초래하게 된다는 점이 지적되고 있다. 예를 들면, 馬車의 운행에 의한 사고에 비해서 기차·자동차·비행기의 운행에 의한 사고는 회피 불가능할 뿐 아니라, 그 피해가 매우 크다는 특징을 가지고 있다.(Oftinger. a.a.O., S.20f)

208) 이와 같은 위험책임의 根據를 최초로 체계화한 학자는 프랑스의 Saleilles(Les accidents de travail et la responsabilité civile, Paris 1897 §§ 6,7)와 Josserand(De la responsabilité ʻfait des choses inanimées, Paris 1897)이다. 學說史 및 立法史에 관해서는 Coing의 저서(Coing, Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Bd. II, 1990, S. 529.)를 참고할 것. 이들의 학설은 創出危險에 관한 理論(“theorie du rísique créé”)이라고 불리고 있으며, 프랑스民法 제1384조의

위험책임은 위험원을 보유·지배하고 있다는 사실로부터 발생하는 책임이다. 그러므로 그 위험이 어느 경영주체의 잘못된 판단이나 지시에 의해서 발생된 것이건 또는 그 경영주체의 종업원인 이른바 집행보조자에 의해서 실현된 것이건 마땅히 위험원을 지배하는 사용자가 그로 인한 손해를 배상하여야 한다.²⁰⁹⁾

위험책임에 있어서 사용자는 그의 선임·감독상의 주의의무의 이행여부 또는 집행보조자의 과책유무에 불구하고 피해자에 대하여 손해배상책임을 면할 수 없다고 생각한다. 다시 말하면 민법 제 756조에 의한 사용자의 대외적 면책은 위험책임체계에서 인정될 수 없다. 다만, 집행보조자에 대한 사용자의 구상관계는 이 양자 사이의 구체적 계약관계에 따라 판단되어야 한다.

(2) 醫療人의 過誤

의료행위과정은 의사의 환자에 대한 문진에서부터 시작하여 필요한 임상검사 등을 행하는 진찰·검사단계, 일정한 진단을 내리는 단계, 그리고 투약·주사·수술 등을 시행하는 치료단계, 예후판정·재활치료(Rehabilitation)의 단계의 순서로 진행된다. 의료과오는 이러한 전 과정을 통해서 여러 가지 형태로 발생한다. 의사들의 과실내용은 의료행위 단계별로 다음과 같이 나열해 볼 수 있다.²¹⁰⁾

첫째, 진찰과 검사상의 과실로서, 의사가 환자에게 치료행위를 하기 위해서는 우선적으로 환자의 병상상태를 정확히 인식하고 판단하는 것이 중요하다. 이러한 환자의 병적상태를 알기위하여 의사는 문진, 시진, 청진, 촉진, 타진 등의 진찰과 혈압·맥박·체온측정, 혈액과 소변검사, 방사선촬영 등의 검사를 행하게 된다. 이 단계에서 의사의 과실이 인정될 때 책임을 져야 한다.

해석에 있어서 기본적 사고의 방향을 제시하고 있다(Zweigert/Kötz, a.a.O., S. 415f. 참고).

209) 김형배, “위험책임에 있어서의 사용자책임”, 안암법학회, 1993, pp. 428-429.

210) 신현호(주202), 전게서, pp. 320-379.

둘째, 수술단계의 과실로서, 수술과 관련한 의료과오는 수술에 있어서 수술방식 선택상의 과실과 수기상의 과실, 수술시기 선택상의 과오, 수술조치 후의 과오 등을 들 수 있다.

셋째, 주사상의 과오로서, 약제의 종류·투약방법·양의 과다에 따른 과오, 주사기 등의 소독 불완전에 따른 과오, 주사의 부위나 방법의 과오 등이 있다.

넷째, 마취에 따른 의료과오로서, 마취제 사용에 의한 과오, 마취 관리상의 과실인 마취 회복시 의사의 주의의무위반, 마약제에 의한 환자의 약제쇼크로서 설명의무 위반 등으로 나누어진다.

다음으로 간호상의 과오와 병동설치·보존 및 환자감시상의 과오를 들 수 있다.

(3) 醫療裝備의 瑕疵

오늘날의 의료는 환자의 진단이나 치료는 발달된 첨단의료 장비에 의존하는 바가 크다. 이로 인해 발생할 수 있는 문제는 의료장비의 하자로 인한 환자에 대한 부정확한 임상정보를 추출하는데 있다. 이러한 정보는 환자의 치료에 치명적인 피해를 줄 수 있는 심각성이 상존한다. 장비이용자는 기본적으로 지속적인 의료장비 관리를 통하여 장비문제로 인해 발생하는 의료사고는 방지해야 할 의무가 있다. 또한 의료사고 발생시에 의료장비나 제품을 사용하는 의사나 병원은 그에 따른 과실책임을 지게 되고, 환자는 ‘사실상의 추정’이라는 입증 감경의 도움을 받을 수 있다. 그리고 의료장비의 근본적인 하자는 장비제조자나 설계자도 제조 또는 설명에 대한 하자에 대해서 제조물책임을 져야한다.

(가) 책임문제²¹¹⁾

① 운영자책임

의사와 병원은 기능적이며, 안전하고, 관리된 장비만을 사용할 의무를 진

211) Erwin Deutsch, 박영규 역, 독일의 제조물 책임법, 한독법학, 한독법률학회, 1996, pp. 524-534.

다. 이 점에서 의사와 병원은 의료기술장비와 의료제품을 그러한 상태로 유지할 안전의무를 진다. 물론 이들은 기업에서 납품한 설비나 제품이 원래의 포장에 들어 있거나 제대로 관리가 된 경우에는 그러한 요구에 부합하다는 것을 원칙적으로 신뢰하여도 무방하다. 그러나 이들에게는 과실책임만이 문제가 되며, 경우에 따라서 입증책임이 전환될 수 있다.

② 제조자의 책임

의료기술장비나 의료제조사에게는 여러 가지 책임형태(Haftungs-typen)가 고려된다. 제조자의 일반적인 과실책임이 여기에도 적용되는데, 하자와의 인과관계가 확정되면 귀책사유가 존재하는 것으로 추정된다. 그 밖에 의료장비법으로부터 의료제품법에 이르는 여러 특별법에 포함된 보호법규 위반으로 인한 책임도 문제된다. 그러한 보호법규를 위반하면, 손해배상책임이 발생한다. 보호법규가 충분한 구체성을 가진 경우, 즉 그 장비의 특성이 충분히 명백하게 기술된 경우에는 그 보호법규를 위반하면 그것만으로 귀책사유도 인정되게 된다.

그 밖의 의료기술장비나 의료제품의 제조자들에게는 제조물책임법(PHG)상의 제조자 책임이 적용된다. 제조물책임은 유럽법적으로 통일되었으며, 재산상의 손해배상만을 보장함은 물론이지만, 여러 가지 입증감경으로 피해자에게 도움을 준다. 제조물책임이 과실책임인가에 관하여는 오늘날에도 다투어지고 있지만, 이 책임은 상당한 정도의 책임이다. 제조물에 하자가 있으면, 그 하자가 제조물의 발송당시 이미 존재하였고, 학문과 기술수준에 비추어 그 하자를 피할 수 있었음이 추정된다.

(나) 독일법상의 책임문제

① 운영자 책임

의료장비법과 기술적 노동설비에 관한 법은 책임문제에 관해 침묵하고 있다. 따라서 의료기계가 고장을 일으킨 경우에는 과실책임을 통해서만 귀책시킬 수 있다. 이에 대해 의료요원에 의한 오조작 및 그 기계자체의 오작동이라는 두 가지 경우에 가능하다. 이 경우에 손해를 일으킨 의료장비로 인한 책임에 관해서는 의료장비법상의 정의는 결정적인 것이 아니다. 책임

법적 의미에서의 의료기술 장비는 진단이나 치료에 직접 기여하는 것이다. 수술도구, 인공호흡장비, X-선 화면, 照射裝置, 투석장치 등이 그것이다. 승강기, 휠체어 및 보통 침대와 같이 환자를 조사하고 치료하기 위한 특별한 장치가 없는 일반적인 장비는 의료기술 영역에 속하지 않는다. 집게, 나사, 꺾쇠 및 연결자와 같은 작은 물건은 경계선 상에 있으며, 의료제품에 속한다.

의료기술장비를 다루기 위해서는 일정한 인적인 요건이 필요하다. 즉 그 장비의 사용에 익숙한 교육을 받은 전문인력이 투입되어야 한다. 이들은 필요한 경우에는 기계로 인한 책임이 문제가 되는 것이 아니고, 기술자, 병원 및 경우에 따라 수석의사가 사람의 잘못으로 인한 책임을 져야한다.

등의 癰(Karbunkel-화농균의 전염으로 생기는 혹)을 제거하기 위하여 전기 외과적 수술을 하다가 환자가 마취상태에서 전선에 닿아 그의 왼손 손가락에 화상을 입었다. 의사들은 그 장비의 사용설명을 엄격하게 지키지 않았고 의학 문헌의 주의를 지키지 않았기 때문에 책임을 지게 되었다.²¹²⁾

2명의 조수가 X-선 관찰을 하면서 환자의 하박으로부터 파편을 뽑아내었다. 50분이 지나서 빼내는데 성공하였다. 이들은 그 시간에 하박에 X-선 조사를 계속하였다. 이로 인하여 중화상이 발생하였다. 수석의사는 그 하자 및 그로부터 발생한 경과에 대해서 책임이 있다.²¹³⁾

기계가 단순히 오작동했다는 것만으로 그 보유자에게 책임이 발생하는 것은 아니다. 통설에 의하면 위험책임의 영역에서는 제한열거의 원칙이 적용되는데, 즉 입법자만이 기계고장에 대한 객관적 책임을 도입할 수 있다는 것이다. 오늘날까지 일반적으로 그러한 객관적 책임이 규정되지는 않았다. 판례는 병원에서 기술적 장비가 오작동을 한 사실로부터 사용요원의 귀책사유를 추론함으로써 도움을 얻는다. 이 영역에서 귀책사유에 관한 입증책임의 전환은 §§282 및 831 BGB로부터 도출된다. 그러나 이것은 기계고장

212) OLG Nürnberg VersR 70,1016.

213) Franz. Kasstionshof Dalloz Sirey 69. 96.

에 대해 객관적 책임이 발생한다는 의미는 아니다. 역으로 하자 없이 가동하는 기계에 의해 손해가 가해진 경우는 손해배상의무가 부과되지 않는다. 책임을 새로 도입하는 경우에 입법자는 의료기계의 오작동에 대한 위험 책임을 도입하여야 한다. 이 경우에 병원 측의 면책은-대체로 가능하다면-선의의 관리를 하였는데, 의외의 결과가 발생한 경우에만 가능해야 한다. 객관적 책임의 필요성은 환자가 상당한 기술적 危險可能性(Gefahrenpotential)이 있는 기계를 이용되는 사실에 근거한다. 오작동의 경우에 그 위험은 환자가 아니라 기술장비에서 나온 것이다.

② 製造者責任

a. 特別法

1994년의 의료제품법과 의료장비법에는 행위규범이 포함되어 있으나 책임규정은 없다. 따라서 의료기술장비와 의료제품의 하자로 인한 책임은 단지 일반민법과 제조물책임법에 따른다.

b. 現行법상의 製造者 責任

의료기술장비가 잘못 기능하는 경우에 설계나 제조상의 하자에 그 원인이 있는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에 환자 또는 가끔 이미 배상청구를 받은 의사도 제조물책임의 관점에서 제조자를 상대로 조치를 취할 수 있다. 1990년 2월 1일에 시행된 제조물책임법과 더불어 제조자책임의 새로운 차원이 시작되었다. 제조자에게는 객관적 책임이 있다. 그는 물론 그 장비가 유통개시 이후에 하자가 생겼거나 자신이 과학과 기술의 수준을 준수하였음을 입증함으로써 면책될 수 있다. 독일제조물책임법 제4조 5항에 따르면 최종제조자(Endhersteller)와 공급자(Zulieferer)가 연대책무자로서 책임을 지며, 또한 자신의 이름, 상호 또는 상표를 그 장비에 붙인 모든 자도 책임을 지며, 끝으로 이러한 자가 없으면 매도인(Veräußerer)이 책임을 진다. 제조물책임법상의 책임은 최고액이 제한되어 있으며, 위자료를 인정하지 않는다. 그 범위에서는 일반 민법상의 과실추정에 의한 보충적 책임이 적용된다.

제조자 책임의 원칙을 의료장비에 적용하면, 제조자는 기계가 기술적으로

하자가 없도록 할 책임을 진다. 기계가 목적을 충족시키지 못하거나 환자를 과도한 위험에 처하게 한 경우에는 설계하자가 존재한다. 나아가 기계에는 제조하자가 있어도 안되며, 품질에 있어서도 설계내용에 부합해야 한다. 그렇기 때문에 제조과정에서 장비에 하자가 생긴 경우에도 책임이 발생한다. 이 경우 제조에는 통상의 마모현상을 제거하고, 있을 수 있는 하자를 일찍이 발견해 내는 사후봉사가 포함된다. 끝으로 의료기술장비에는 설명을 첨부해야 하는데, 이는 이해할 수 있도록 작성하고, 전문지식이 있는 사람이 적절히 사용할 수 있을 정도로 상세하게 하여야 한다. 이 설명에는 필요한 교육까지도 포함될 수 있는데, 이는 많은 장비의 경우 불가결하다.

그 밖에 허가를 요하는 장비가 의료장비법(MedGV)에 따른 허가를 받지 아니한 경우에는 환자들을 위한 보호법규(§ 823. Abs.2 BGB)를 위반한 것이 된다. 물론 환자를 해한 것이 허가에 행해져야 하는 검사의 보호영역 내에 포함되어야 한다. 그럴 경우에는 인과관계도 일응 최소한 인정할 수 있을 것이다.

(다) 美國의 責任問題

의료장비 및 의료제품에 대한 책임근거로서는 운영자에 관하여는 過失責任이, 製造者에게는 製造者責任이 검토된다. 한편으로 製造者責任은 제조물의 하자에 연결되는 객관적인 책임(엄격책임, strict liability)일 수 있다. 경우에 따라서 이 책임은 명시적 또는 묵시적 약속 내지 담보(보장, ewährleistung)로 인한 것이다. 미국의 판례가 외부인에게 비치는 모습은 혼란스런 경향이다. 물론 수술조명등에 의해 다친 아이는 다액의 손해배상을 받았고, 이때 제조자와 운영자는 그 비용을 분담해야 했다.²¹⁴⁾ 반면에 탐폰(錦球, Tampon)에서 발생한 유독성 쇼크증후군(toxischer Schock-Syndrom)으로 인한 제조자 책임을 면하기 위하여는, FDA규정을 준수하는 것으로 충분하다.²¹⁵⁾ 병원도 좌골보강제의 기능에 대해 객관적으로 책임을 지지 않는다. 또 다른 사건에서 한 환자가 인공좌골 이식 후 10년이 지나 그것이 부러졌

214) Witthauer v. Burkhart Röntgen 467 N.W. 2d 439(North Dakota 1991).

215) Berger v. Personal Products 797 P. 2d 1148(Washington Superior Court 1990).

고, 그로 인해 다쳤다는 이유로 제소하였다. 귀책사유를 확정할 수 없어 법원은 객관적인 책임을 부인하였다.²¹⁶⁾ 뼈에서 부드러운 물질로 넘어 갈 때 適時에 정지하지 않은 두개골 천공기 사건에서, 법원은 사건을 제1심법원에 환송하여 제조자가 천공기를 제대로 청소하지 않은 점에 관한 통지를 미리 받은 사실이 있는지를 확인토록 하였다.²¹⁷⁾ 끝으로 하자 있는 심장판막을 이식 받았던 수인의 환자들이 화해를 통해 손해배상을 받았는가 하면, 심장판막을 이식 받은 그 밖의 사람들의 경우에는 전혀 다르다. 그들 중 일부는 고통을 이유로 손해배상을 청구하는 일련의 시도를 하였다. 그들은 자신들의 심장판막도 하자가 있을 수 있다는 걱정으로 인하여 유형적, 정신적 손해를 입었다고 주장하였다. 법원은 이러한 주장을 모두 배척하였다.²¹⁸⁾

의료기술장비 및 의료제품의 하자로 인한 책임은 새로운 법적문제를 제기하고 있다. 따라서 부분적으로는 상반되기도 하는 매우 다양한 청구권의 기초가 검토된다는 것은 놀라운 일이 아니다. 환자의 이익을 위해서 그리고 제조자와 운영자에 대한 청구권이 정립되는 것은 당연하다.

나. 遠隔醫療人の 資格

국경간 서비스공급은 면허와 관련된 문제와 서비스공급자의 자격인정이 문제이다. 윤리적, 법적 자유화의 문제는 원격의료서비스 공급이 의료자유화의 확산문제를 포함하는 것과 관련되어 있다. 전통적인 의료서비스에서 의지했던 것과 유사한 해결책이 제안될 수 있다. 즉, 자유화는 서비스를 받는 개업의에게 보존하도록 결정함으로써(예를 들어 검사실 검사), 더 넓게 법률적 구성이 발전될 수 있어야 하고, 기존의 법규는 전면적인 원격의료의 진행되기 전에 채택되었다.²¹⁹⁾

216) Hoff v. Zimmer Inc. 476f. Supp. 872(1990).

217) Schmutz v. Bolles 800 P. 2d 1307 Colorado 1990.

218) Spuhl v. Shiley Inc. 795 S.W. 2d 573 (missori 1990); Willert v. Baxter Inetrnational, The Citation 91, 205(Federal Court of Appeals).

전자데이터 전송에는 국경이 없지만 免許, 資格要件 등은 국경이 존재한다. 미국의 각 州는 의사 및 간호사 면허를 부여하고 감시, 감독하며 이들이 각 州안에서 의료행위를 하도록 허락하고 있는 것이다. 타 주의 면허를 인정하고 있는 州는 몇몇에 불과하다. 역사적으로 볼 때 미국의 의사들은 일정한 지역 내에서는 일정한 기준에 맞추어 양산되어 왔다. 그러나 이 같은 지역적 특성은 의학교육 및 레지던트 수련 및 수련 후 보수 교육 등의 전국화로 인해 지난 20년 동안 상당히 붕괴되고 있다. 그리고 원격진료의 보급으로 인해 이 같은 지역적 특성이 완전히 사라질 시점에 놓여 있다. 향후 수 년 이내에 원격진료 상담의사가 진단과 설명, 치료 등에 있어서 국가적 기준을 만족해야 하는지에 대한 논란이 일 것으로 보인다.²²⁰⁾

이러한 추세에도 불구하고, 각국의 원격의료인의 자격에 대한 법규의 제정은 아직까지 미미한 실정이다. 하지만 원격의료는 더욱더 발전하는 것으로 전망하고 있다. 이렇게 볼 때 국제적인 기준의 원격의료인에 관한 지침이 마련되어야 할 것이다. 원격의료인은 의료인이 국경간 의료행위를 수행하기 위한 기본요건이므로 국가간 의료인자격의 인정문제와도 관계가 있다. 따라서 장차 각국간의 의료인의 자격인정문제와 함께 원격의료인에 관한 문제도 검토되고 규범화를 고려해야 할 것이다.

다. 遠隔地 醫師의 電子處方箋의 效力

처방전은 대체로 통신수단이 발전하기 이전에는 현지의사가 종이로서 직접발행 해 오던 것이 상례였다. 그러나 통신수단이 발전함으로 인해서 격지자간에도 처방전을 발행할 수 있게 되었다. 이러한 형태로서 전자처방전은 도서벽지나, 원격지에서도 원격진료²²¹⁾를 통한 처방할 수 있다는 것은 인류의 건강을 유지하기 위한 유익한 발전 형태이다. 이렇게 발행된 전자처방전

219) op. cit.,122, para. 79.

220) Douglas E. Goldstein, 김성권 역(주174), 전게서, p. 214.

221) 천병철(주176), 전게서, p. 13.

이 국내 의사에 의한 처방전일 경우에는 정당한 의료행위로서 인정될 수 있다. 문제는 오늘날의 발달된 통신수단으로 인해 외국의 보건의료 웹사이트를 통해 원격진료를 시행하여 전자처방전을 받았을 경우이다. 이러한 처방행위는 국내의료인 자격을 내국인이 외국에 개설한 웹사이트일 경우는 정당한 의료행위로서 처방전의 효력이 있다고 할 수 있겠지만, 외국인이 개설한 웹사이트인 경우는 국내적 입장에서 볼 때 무면허행위로서 처방전의 효력이 상실한다고 할 수 있다. 현재로서는 국가 간의 의료면허의 상호인정이 거의 이루어지지 않고 있는 실정이다. 국제적으로 원격의료를 통한 전자처방이 활용되기 위해서는 국가 간의 의료면허의 상호인정이나, 다른 국제적인 면허인정제도를 통해 허용될 때 전자처방전의 효력을 인정받을 수 있을 것이다.

라. 個人 醫療情報 保護問題

보안이라 함은 환자의 이익에 위배되는 의도적이거나 비의도적인 자료의 승인되지 않은 접근, 불법적인 유출이나 수정, 파괴를 막기 위해 기술적이고 행정적인 절차와 조치를 취함을 말한다.²²²⁾ 전산화된 자료문서를 이용함에 있어서는 윤리적인 양식이 기본이어야 한다. 이러한 의료인의 윤리는 각종 선언에서 나타나 있지만, 문서의 불법적인 이용과 관련하여 법적인 수단과 방법은 나라마다 서로 다른 상황이다.

세계의료학회²²³⁾는 컴퓨터가 보건의료에 제공하는 장점들을 인식하고, 의료정보의 사용에 대해 법제화 하도록 권고하고 있다. 국제의료전문가 학회(International Conference of Medical Professional : CIOM)는 새로운 의료윤리 헌장을 제정하는데 원칙적으로 동의하였다.²²⁴⁾

222) 대한의료정보학회 편, 보건의료정보학, 현문사, 1999, p. 352.

223) Statement on the Use of Computers in Medicine, Handbook of Declaration, World Medical Association, S.I., 1985.

224) Conférence Internationale des Ordres et des Organismes d'Attribution Similaires, Principes d'éthique médicale européenne, Paris, 1987.

(1) 의료윤리와 관련된 사항

환자의 치료와 관련된 사항으로서, 히포크라테스 선서에서는 “치료하는 도중에 혹은 치료와는 관계없이 환자의 생활에 대해 내가 보고 들을지도 모르는 일중에 남에게 알려져서는 안 되는 일들을 남에게 전하는 일을 하지 않을 것이며 그렇게 할 생각조차 하지 않을 것이다.”라고 선언하고 있고, 나이팅게일 선서에서는 ‘간호하면서 알게된 개인이나 가족의 사정은 비밀로 하겠습니다...’라고 선서하고 있다.

미국의사협회의 의료윤리 원칙(Principles of Medical Ethics)에서는 ‘의사는 환자와 동료, 다른 의료직업인들의 권리를 존중해야 하며 특히 법이 허용하는 범위 내에서 환자의 비밀을 지켜야 한다(제4항)고 규정하고 있다. 미국병원협회의 환자의 권리장전에서, 환자는 자기 자신의 의학적 치료 내용에 대해서 비밀이 지켜지기 위한 모든 조치를 요구할 권리가 있다. 환자에 대한 토론, 진찰, 검사, 그리고 치료는 은밀하고 신중하게 행해져야 한다. 환자의 치료에 직접적으로 관계하지 않는 사람들이 그 자리에 참석할 경우에는 환자의 허락을 얻어야 한다. 환자는 그의 치료에 관련된 모든 기록들이 은밀히 다루어지기를 요구할 권리가 있다. 의사는 직무로 인해 알게된 환자의 비밀을 그 환자가 사망한 이후라도 절대 누설하지 말아야 한다고 명시하고 있다. 또한 리스본 선언(1981년 9월)에서도 환자는 자기의 의사가 자신의 진료 상 또는 개인적인 여러 가지 비밀을 존중해 줄 것을 기대할 권리를 가진다.

(2) 외국의 정보보안과 관련된 법규 및 정책현황

(가) OECD 정보시스템보안지침

OECD는 1992년 11월 26일 정보시스템보안지침을 제정하였다.²²⁵⁾ 이 지침은 기밀보호에 대한 정보체계의 위험성과 그 위험에 대처하기 위한 보안책에 대한 인지도를 높이고 정보체계의 안정성을 위한 공공 및 민간분야의

225) OECD, “Guideline for Security of Information Systems”, 1992.

업무를 지원하기 위한 일반적인 틀을 제공하기 위한 것이다. 이 지침의 기본 원칙은 책임의 원칙(accountability principle), 인식의 원칙(awareness principle), 윤리의 원칙(ethics principle), 각 전문분야협력의 원칙(multidisciplinary principle), 비례의 원칙(proportionality principle), 통합의 원칙(integrational principle), 시간적 원칙(timeless principle), 재조정의 원칙(reassessment principle), 민주주의의 원칙(democracy principle) 등이 있다. 또한 이 지침에서 이러한 원칙의 실행은 정부, 공공기관 및 개인 단체들이 법적, 행정적, 자율적인 방법으로 제도적 법규를 규정할 것을 장려하고 있으며, 특히 기존 법규조항이 없는 다른 분야에서의 관심을 강조하고 있다. 적절한 정책, 법규, 규칙 및 국제조약 등을 채택하여 발전시킬 것을 장려하고, 정보체계의 보안의 필수성과 목표를 인식시키기 위한 교육과 훈련을 제공하여야 하며, 이 지침을 수행할 권리를 강화하기 위한 접근 가능하고 적절한 방법들이 제공되어야 한다는 것이다. 이 지침 및 이의 이행과 관령하여 정보의 교환을 촉진시켜야 하며, 국가적이거나 국제적으로 정부 및 공공기관에 자문 및 협력체계를 장려하여야 한다고 명시하고 있다.²²⁶⁾

(나) OECD 私生活 및 個人情報의 國外流出에 관한 가이드라인

OECD는 1980년 9월 23일 私生活 및 個人情報의 國外流出에 관한 가이드라인 (Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)를 제정하였는데, 이 지침에서 국가적수준의 적용원칙들을 제안하였다.²²⁷⁾ 이 원칙들은 자료수집제한의 원칙(collection limitation principle), 자료질의 원칙(data quality principle), 목적명확성의 원칙(purpose specification principle), 사용제한의 원칙(use limitation principle), 보안책의 원칙(security safeguards principle), 개방성의 원칙(openness principle), 책임의 원칙(accountability principle) 등을 두고 있다. 이러한 원칙들은 OECD국가들이 각국의 국내법규에 개인의 사생활 보장과 자유를

226) 대한의료정보학회 편(주222), 전게서, pp. 355-356.

227) Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Part One 2.

보호하는 원칙을 고려할 것을 권장하고, 각국은 이 지침들의 준수를 위하여 협력하며 빠른 시일 내에 이의 적용을 위한 자문과 협력 등의 절차에 참여하기를 권고하고 있다.

(다) 의료정보접근에 관한 법규

1989년 미국의학협회(American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs)는 의료정보접근에 관한 법규(Access to Affordable Health Care Act, 미국)에서 환자의 사생활권 침해를 막아야 한다는 전문의의 의무를 강조하면서 환자기록을 다루는데 있어서 신중하게 고려해야 할 사항으로 환자의 비밀보호와 정보를 필요로 하는 사용자들의 접근을 적절히 조화시킬 것을 강조하였다.

이 법규의 제1부에서는 의료정보 및 의료정보유출에 대한 정의를 제시하고 있다. 여기서 의료정보는 구두 또는 특정 양식에 의하여 획득되는 개인의 인구사회학적 정보를 말하며, 의료정보의 유출은 정보에 대한 접근 가능을 의미하는 것으로 개인 당사자가 아닌 제3자에게 정보가 제공되는 것으로 정의한다.

제2부에서는 정보유출에 관한 사항으로서, 의료정보의 유출범위를 제시하고 이미 유출된 개인정보의 재 유출과 관련된 세부사항을 규정하고 있다. 정보유출과 관련된 총칙으로 의료정보의 유출은 정보유출의 목적을 달성할 수 있는 최소한의 범위이어야 함을 규정하고 있다. 또한 유출된 개인의료정보는 행정소송, 민사소송, 형사소송 및 조사가 이미 발생되었거나 범집행과 직접적으로 관련되어 정보유출이 요구되는 경우를 제외하고 행정소송, 민사소송, 형사소송 및 조사의 목적으로 의료정보를 이용하거나 유출할 수 없도록 규정하고 있다.

미국의 경우 보건의료정보에 관한 종합적인 연방입법(Comprehensive federal health information legislation)의 발의가 있었으나 폐기되었다. 의료정보의 사생활보호를 위해서는 종합적인 연방입법이 필요하였기 때문이었다.²²⁸⁾ 미국의 보건부가 연방 의료정보보호를 위한 법안을 마련하면서 5가

228) Goldberg I.V., Electronic “medical records and patient privacy”, Health Care

지 원칙을 제시하였다. i) 공개범위에서 의료정보는 의료증진의 목적을 위해서만 공개가 가능하며, ii) 안전대책으로 의료정보는 환자의 동의 없이는 유포되어서는 안되며 그 정보를 받는 사람은 반드시 비밀을 유지하여야 한다. iii) 소비자통제로서 개인은 자기의 의료정보에 접근할 수 있으며, 열람하여 변경이 가능하며 정보이용과 관련된 사항들을 고지받는다. iv) 부당하게 의료정보를 다루는 사람과 법적인 처벌을 받아야 하며 민사상의 책임도 부담한다. v) 개인의 사생활비밀은 국민건강, 의학적연구, 의료보험사기 방지 등의 국가적 우선순위에 의해 무시되어서는 안된다.²²⁹⁾

현재는 전자정보교환(Electronic Data Interchange : EDI)이 실행됨에 따라 전자정보의 비밀유지에 관한 중요성이 한층 높아지고 있어, 주 정부에서의 입법현황을 살펴보면 49개의 주에서 의료정보의 보안법규가 마련되어 있으며, 37개 주에서는 의무기록의 보안의무에 관한 규정이 있으며, 22개 주에서는 전산화된 의료정보에 대한 비밀유지 법률이 있으며, 28개 주 법률에는 권한이 없는 자의 의료정보의 탐지행위에 대한 처벌조항을 마련하고 있다.

5. 遠隔醫療行爲時 過誤에 대한 裁判管轄權과 準據法

가. 意義

전자거래가 국내당사자 사이에서 이루어지는 경우 재판관할과 준거법의 지정이 그다지 문제되지 않겠지만,²³⁰⁾ 국가간의 전자거래에 있어 법률분쟁

Manag(Frederick),2000 Mar, 18(3):63-9

229) James G.H peter D.J “Legal Issues Concerning Electronic Health Information Privacy”, Quality, And Liability, JAMA, October 20.1999.282(15).

230) 서울지방법원, 국제상거래·상사 소송의 실무, 2000, p. 23.

이 생기는 경우 먼저 거래와 관련이 있는 나라 중 어느 나라 법원에 제소하여야 하는가를 결정하는 국제재판관할의 문제와 국제거래의 해석과 규율에 직접 적용하는 실체법을 어느 나라의 것으로 선택할 것인가의 문제가 발생한다. 그리고 마지막 단계로서 외국 판결의 승인(recognition)과 집행(enforcement)의 문제가 있다. 이에 따라 서비스의 국경간 이동에서 원격의료는 시장접근이나 내국민대우 등의 문제와는 다른 성격을 가진 준거법문제라고 할 수 있다. 즉 실질적인 의료서비스의 국경간 이동과정에서 발생한 의료과오의 법적인 문제이기 때문에 분쟁해결기구에서 다루기보다는 원격의료인과 현지 의료인 또는 환자간에 발생한 사고에 대한 법적인 문제이기 때문에 국가간의 무역마찰에 의한 문제가 아니라는 점이다. 또한 원격의료에 따른 의료과오는 앞에서 논의한 바와 같이 의료인의 과실에 의한 불법행위에 해당한다. 따라서 다음에서는 이 문제와 관련하여 재판관할권과 준거법 어디에 있는가를 살펴보고자 한다.

나. 電子去來의 裁判管轄과 準據法 문제에 대한 최근 동향²³¹⁾

(1) 신 헤이그협약 초안의 채택

헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)²³²⁾에서는 1999년 10월 30일 ‘민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약’(Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and commercial Matters)의 예비초안(Preliminary Draft)(이하 ‘신 협약초안’이라고 한다)을 채택하기에 이르렀다.²³³⁾ 2000년 가을 정기회의 개최를

231) 노태악, “電子去來의 裁判管轄과 準據法-개정 국제사법, 헤이그신협약 초안 및 UCTA와 관련하여”, 정보법학 제5권(2001.12), 韓國情報法學會, pp.1-30.

232) 우리나라는 1997. 8. 20. 회원국으로 가입하였다

233) 헤이그 국제사법회의의 홈페이지<<http://hcch.net/>>, 석광현, 헤이그국제사법회의의 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한협약 예비초안, 국제사법연구 제5집(2000), p. 630이하.; 道垣内正人, ミックス條約としての國際裁判管轄及び外國判決承認執行條約案の作成(上)(中)(下): ハグ國際私法會議二〇〇〇年條約案, ジュリスト1162, 1163, 1164 號(1999.09): 小川秀樹=小堀悟, 「民事及び商事に關する裁判管轄及び外國判決に關する條約準備草案」をめぐらる問題, NBL No.

앞두고 이 회의에서는 전자거래에 관한 검토가 미진하였다는 인식이 공감
을 이루자 2000년 2월 Canada의 Ottawa에서 각국의 전문가들이 모여 위
초안을 전자거래에 적용할 경우 생길 수 있는 여러 문제점을 지적하기는
하였으나,²³⁴⁾ 그 해결방안에 대한 타협점을 찾지 못하였다.

그리고 이에 앞서 1999년 9월 2일부터 헤이그국제사법회의와 제네바대학
이 공동으로 전자상거래 및 국제사법에 관한 제네바라운드(Geneva Round
Table on Electronic Commerce and Private International Law)를 개최한
바 있다.²³⁵⁾ 신 협약초안 중 특히 제6조(계약), 제7조(소비자계약), 제9조(지
점) 및 제10조(불법행위) 등의 조항이 전자거래와 관련하여 규정하고 있다.

(2) EU의 국제재판관할

EU의 경우, 1968년 “민·상사사건에서 재판관할권과 준거법에 관한 협약
”²³⁶⁾에 의하여 국제 재판관할의 결정과 외국 판결의 승인, 집행에 관한 주
요 EU 국가의 규범은 상당부분 통일되고, 1988년 루가노협약²³⁷⁾에 의하여
그 적용범위를 확대하였다. 그리고 EU는 1999년 말 “역내시장에서 전자상
거래의 어떤 법적측면에 관한 지침(The Directive on Certain Legal Aspect
of Electronic Commerce in the Internal Market)”을 확정하였는데, 이에 의
하면 소비자계약의 재판관할 및 준거법에 대하여는 브뤼셀협약이나 로마
협약과 같은 국제조약을 우선적으로 적용하도록 하고 있다. 한편 계약채무

699(2000. 10. 15.).

234) Catherine Kessedjian, Electronic Commerce And International Jurisdiction <<http://hcch.net/doc/jdgmpr12.doc>> 및 Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce <<http://hcch.net/doc/jdgmpr7.doc>>.

235) 특히 전자거래와 인터넷거래에서의 재판관할과 준거법문제를 다루었는데 7개의 특별위원회의 토의를 거쳐 11 개항의 권고사항을 채택하였다. <<http://www.hcch.net/e/events/press01e.html>>.

236) EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels 1968.

237) 유럽공동체 국가들(오스트리아, 스위스 등)은 판결의 승인 및 執行을 통한 EU와의 법적·경제적 협력을 강화하기 위하여 1988년 9월 16일 루가노에서 그 당시의 브뤼셀협약을 기초로하여 작성한 병행협약(Parallel Convention, 이에 대해서는 Jenard/Möller 보고서가 있다)을 체결하였다. 이 것이 “루가노 협약”인데, 그에 의해서 브뤼셀협약의 원칙의 적용범위가 EFTA 국가로 확대되었다.

의 준거법으로는 1980년 일명 로마협약(Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation)이 있다. 그리고, 브뤼셀협약은 2000년 12월 22일 EU 이사회의 규칙으로 전환되어 2002년 3월 1일 부터 발효되었다.²³⁸⁾

(3) 미국의 UCITA 제정

미국에서는 통일주법전국회의(The National Conference of Commissioners on Uniform State Law, NCCUSL)에 의하여 1999년 7월 29일 통일전자거래법(Uniform Electronic Trans Act, UETA)을 채택하는 한편, 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transact Act, UCITA)²³⁹⁾을 제정, 현재 Virginia, Maryland를 비롯한 몇 개의 주가 이 법을 채택하기에 이르렀다.

컴퓨터 정보 또는 컴퓨터 정보에 있어서의 정보적 권리를 수정·양도 또는 허가하기 위한 계약 또는 그 이행을 의미하는 컴퓨터정보거래를 규율하기 위한 UCITA 제109조(준거법의 선택)와 제110조(계약법정지의 선택)에서 각 준거법과 재판관할의 규정을 두고 있다.²⁴⁰⁾

민간국제기구인 “인터넷 법 및 정책포럼”(The Internet Law & Policy Forum (ILPF))²⁴¹⁾에서는 1999년과 2000년에 이어서 전자거래 및 지적재산권에 있어서의 재판관할을 주제로 한 회의를 개최한 바 있다.²⁴²⁾ 그리고,

238) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters <<http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/favorite.html>>, 석광현, “국제적인 전자거래와 분쟁 해결-국제재판관할을 중심으로”, 인터넷법률 창간호(2000. 7.), p. 71; 석광현, “국제적인 전자거래와 분쟁해결-준거법을 중심으로”, 인터넷 법률 2호(2000. 9), p. 91.

239) <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm>.

240) 미국에서 Jurisdiction의 개념은 여러 의미로 쓰이기는 하나 대체로 주를 달리하는 異州籍인 요소가 관련되는 분쟁에 관하여 어느 주에 재판관할권이 있느냐의 문제로 논의되고 있으며, 이와 같은 주사이의 분쟁에 관한 재판관할권원칙은 국제소송에도 원칙적으로 그대로 유효하다.; 최공용, 개정판 국제소송, 육법사, 1988, p. 299.

241) <<http://www.ilpf.org>>.

242) Conference: Jurisdiction : Building Confidence in a Borderless Medium, Montreal, Canada 26-27 July 1999 및 Conference: Jurisdiction II: Global Networks / Local Rules, San Francisco, California, 11-12 September 2000.

미국의 변호사 협회(American Bar Association, ABA)에서는 2000년 6월 뉴욕과 런던에서 “미국변호사회 국제적 가상공간 재판관할권 보호”(ABA Global Cyberspace Jurisdiction Project)의 일환으로 “가상공간에서 법적 수용과 기업주문, 인터넷에 의해 발생된 국제적 재판관할권 문제에 관한 보고서”(Achieving legal and Business Order in Cyberspace, A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet)를 발표하였다.²⁴³⁾

다. 電子去來의 裁判管轄²⁴⁴⁾

(1) 국제재판관할권 일반론²⁴⁵⁾

일반적으로涉外적인 요소를 갖는 민사분쟁의 해결에 관하여 국가를 단위로 어느 나라 법원이 재판권을 갖느냐의 문제를 국제재판관할권이라고 한다. 재판관할권은 국가주권의 한 부분으로서 소송요건 중 가장 공익적인 성격을 띠고 있기 때문에 법원의 직권조사사항이다.²⁴⁶⁾ 또한涉外적 민사분쟁이 발생하였을 경우 당사자로서는 어느 나라 법원에 소송을 제기할 것인가 또는 제기할 수 있는가라는 것은 가장 먼저 해결하여야 할 선결문제이다. 준거법의 문제가 어느 나라의 실정법 질서에 의하여 문제된 생활관계를 해결하는 것이 적절한가의 문제임에 반하여, 재판관할권의 결정은 어느 나라 법원에서 재판하는 것이 재판의 적정, 공평을 기할 수 있는가 하는 서로

243) <<http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/>> 및 <[http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/jurisdiction .htm](http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/jurisdiction.htm) l>

244) 독일에서는 裁判權(Gerichtsbarkeit)과 國際管轄權(Internationale Zuständigkeit)의 개념을 구분하여 재판권을 국가주권으로부터 나오는 국가의 사법권능을 말하고, 반면 국제재판관할권은 국가간의 재판업무의 분담으로 이해하고 있다. 우리나라에서는 법조문상 엄격히 구분하여 사용하고 있지는 아니하나(예를 들면, 민사소송법제203조 1호), 학설상 구분하는 입장이 통설적인 견해이다. 여기서는 국제재판관할권의 문제는 하나의涉外사건에 대하여 과연 어느 나라의 법원이 재판하는 것이 마땅한가를 결정하는 기준의 문제라고 하겠다(안춘수, 국제재판관할권, 민사소송법의제문제, 삼영사, 1992, p.432.). 다만, 영미계 국가에서는 이를 구분하지 않고 Jurisdiction 으로 사용하고 있다.

245) 石光現, “국제재판관할에 관한연구-민사 및 상사사건에 있어서 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로”, 서울대학교법학박사학위논문, 2000. 2.

246) 註釋民事訴訟法(II), 編輯代表 金祥源外, p. 625.

다른 이념에 의하여 지배되는 것이기 때문에,²⁴⁷⁾ 당사자 사이에 준거법에 관한 약정이 있다거나 혹은 섭외사법상의 준거법을 정하는 기준이 있다고 하여 재판관할권이 그 준거법에 따라 결정되는 것은 아니다.

(2) 電子去來에 있어서의 國際裁判管轄

(가) 국제 재판관할을 결정하는 기준

헤이그 국제사법회의에서는 민사 및 상사사건에 적용되는 관할²⁴⁸⁾에 대하여 제2장에서 일반관할(general jurisdiction)과 특별관할(special jurisdiction) 등을 규정하고 있는데, 제3조에서 일반관할로 자연인의 경우 주소(domicile)가 아니라 常居所(habitual residence)²⁴⁹⁾를 일반관할의 연결점으로 규정하고 법인의 경우는 법상의 본거지, 설립 준거법의 소속국, 경영의 중심지 및 주된 영업소 소재지의 4가지를 대등한 지위를 가지는 연결점으로 규정한다.²⁵⁰⁾ 이어 국제 재판관할 합의에 관한 규정(제4조), 응소관할(제5조), 계약에 관한 관할(제6조),²⁵¹⁾ 소비자 계약(제7조), 근로계약(제8조), 지점 및 규칙적인 상업적 활동지(제9조) 및 불법행위(제10조) 기타 전속 관할, 보존 처분 등에 관한 규정을 두고 있다. 전자거래의 경우 특히 계약을 전제로 한다면, 2000년 2월 Canada의 Ottawa에서 개최된 전문가회의에서 논의된 바와 같이 on-line 상에서 계약이 체결되고 off-line 상에서 채무의 이행이 이루어지는 계약의 경우에도 신 협약초안 제6조에서 말하는 계약에 포함되어 그에 대한 별도의 규정이 필요한 것은 아니나, 계약의 체결과 이행이 모두 전자적 형태로 이루어지는 경우(협회의 전자거래)에는 그 적용여부에 문제가 있다는 점이 제기되었다. .

247) 崔公雄(주240), 전거서, p. 299.

248) 특히 조세, 관세 및 행정사건에는 적용되지 않고 일정한 신분관계 및 파산, 사회보장 기타 해사 사건에는 적용되지 않음을 명시하였다.

249) 신 국제사법에서 常居所를 준거법의 연결점으로 도입하였다.

250) 석광현, “헤이그 국제사법회의의 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약 예비 초안”, 국제사법연구 제5집, 2000, p.640.

251) 신 협약초안은 계약일반을 규정하고 있지 않고 가장 전형적인 매매계약(supply of goods)과 용역계약(provision of services)만 규정하고 있다.

(나) EU의 불법행위에 대한 특별관할

불법행위 또는 그에 준하는 사건 또는 그로 인한 청구권이 소송의 목적인 경우에는 가해적인 사건이 발생한 장소의 법원이 속하는 관할을 가진다(브뤼셀협약 제5조 3호). 따라서 불법행위의 피해자는 피고의 주소지국가 또는 가해적인 사건이 발생한 국가 중 그의 선택에 따라 소를 제기할 수 있다.²⁵²⁾

가상공간에서의 불법행위로는 명예훼손, 불공정경쟁, 잘못된 정보 또는 하자있는 내용의 전달, 결합있는 서비스의 제공에 의한 손해의 야기, 지적재산권의 침해와 원격의료에 의한 의료과오와 위의 어느 경우도 해당하지 않으나 민사책임을 발생시키는 형사범죄 등과 도메인네임의 침해, 해킹, 타인의 이메일의 열람, 이메일폭격, 컴퓨터바이러스의 투입, 쿠키의 설치 등을 생각할 수 있다.²⁵³⁾

가상공간에서의 불법행위에 대하여도 협약의 위 규정이 적용된다. 경우에 따라서는 隔地的는 理法地域間者의 불법행위의 문제가 더욱 증폭되어 어렵게 되는 경우도 있다. 그러나 가상공간에서의 원격의료의 경우는 그 행위의 특성상 원격의료 사이트를 개설한 사람이나 기관과 원격진료를 받는 사람간에는 상호간에 인적사항이 확인되게 된다. 또한 의료행위는 계약관계에 의해 의료행위가 이루어지기 때문에 이 규정이 적용될 수 있을 것이다.

(다) 미국의 불법행위에 대한 특별관할

불법행위 사건에서는 행위지와 결과발생지가 일치하는 경우는 그곳이 특별집축에 해당하는 데 별 문제가 없다. 행위지와 결과발생지가 상이한 경우, 결과발생지라는 것만으로 특별집축에 해당하는가가 문제되고, 특히 제조물 책임의 경우 논란이 되고 있으며, 제조자에 대한 결과발생지의 재판관할권을 인정하기 위하여 유통과정 이론 등이 발전되었다. 그러나, 이와는 대조적으로 판매자에 대한 제조물책임의 경우는 결과발생지의 재판관할권이 부정된 예가 많다. 제조물책임은 오로지 피고의 보호에 초점을 두는 전

252) 석광현, 국제사법과 국제소송(제2권), 박영사, 2002, p. 124.

253) 석광현, 상계서, p.125.

통적인 입장만으로는 적절하지 않고 중립적인 접촉에 양보하거나 그에 의하여 보충되어야 함을 보여주는 하나의 중요한 예이다.

미국에서는 독일이나 브뤼셀협약에서 보는 바와 같이 계약의 의무이행지, 불법행위지 그 자체가 국제재판관할의 근거가 되지 않으며, 항상 피고와 당해 법정지주와의 접촉이, 법정지의 관할권을 긍정하는 것을 공평하고 합리적이 되도록 하는가의 여부가 관건이 된다. 관할근거를 열거하는 방식을 취하는 각주의 관할확대법은 계약과 불법행위에 관하여 상이한 연결점을 규정하고 있으나, 적법절차분석에 관한한, 관할의 긍정이 공평하고 합리적인가의 여부가 중요하고, 대륙법계에서와 같이 계약과 불법행위라는 성질결정이 중요한 의미를 가지지 않는다.²⁵⁴⁾

(3) 管轄合意의 問題

(가) 當事者自治의 원칙

국제재판관할 또는 중재 등에 관하여도 합의가 인정되는데,²⁵⁵⁾ 이때 기업간의 거래의 경우에는 기본계약서를 작성하고 그 가운데 적절한 중재조항 또는 재판관할과 준거법에 대한 합의를 하는 것이 가능하고 이에 유효성을 인정하는 것이 당연하겠지만, 이때 당해 사건이 대한민국의 전속관할에 속하지 아니하고 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 관하여 관할권을 가져야 하는 외에 당해 사건이 그 외국 법원에 대하여 合理的인 關聯性²⁵⁶⁾을 가질 것이 요구되는 한편 그 관할 합의가 현저히 불합리하고 불

254) 석광현, 상계서, p.129.

255) 이때 이러한 국제재판관할의 합의에 대하여 먼저 그와 같은 관할합의가 이루어졌는지 여부를 판단할 준거법이 결정되어야 하는데, 이 준거법의 선택기준에 대하여는 당해 계약의 준거법 또는 당사자의 의사에 따라 정하는 준거법 등에 의하여야 한다는 견해가 있으나, 관할에 관한 합의는 소송행위적 합의이고, 법정지 재판권의 배제에 관한 문제이기 때문에 법정지의 국제재판관할 관련규정에 의하여 결정되어야 한다는 견해가 가장 유력하며 일본의 실무레이기도 하다. 日本最高裁判所 1975. 11. 28. 국제재판관할 합의의 유효요건에 관하여 청약과 승낙 쌍방당사자의 서명이 있는 서면에 의하도록 요구되는 것은 아니지만, 적어도 당사자 일방이 작성한 서면에 특정국의 법원이 명시적으로 지정되어 있고, 당사자 사이에 있어 합의의 존재와 내용이 명백하지 아니하면 안된다(民集29 卷10, p. 1554.).

256) 신 국제사법 제2조는 국제재판관할을 정하는 기준으로 실질적 관련성이라는 표현을 사용하고 있다.

공정하여 公序良俗에 반하지 않아야 할 것 이다.²⁵⁷⁾

(나) 관할배제의 효력

인터넷상의 web-site에서 특정 국가 또는 특정 지역만을 상대로 한다는 문언을 두거나, 혹은 특정 국가 또는 지역을 제외한다는 문구(disclaimer, 否認文言)를 둔 경우 그 관할배제의 효력을 인정 할 것인가에 논의가 있으나, 그러한 문구의 존재로 당연히 관할배제의 효력이 생기는 것은 아니라고 할 것이다.

라. 電子去來의 準據法

(1) 電子去來에서 準據法 問題의 特性

재판을 하는 법원이 분쟁에 대해 어느 법규를 적용할 것인가 하는 國際私法的 問題는 전통적인 국제거래에서도 발생하는 문제로서 인터넷을 통한 국제간 전자거래의 특유문제는 아니다. 그러나 전자거래가 불특정 다수인을 상대로 하는 대량의 반복적 거래이며, 非對面去來로서 관련 당사자의 불특정성, 의사표시 형성과정의 즉시성, 컴퓨터라는 장치를 통하여 의사표시가 이루어진다(意思表示의 技術化)는 면에서 현실세계의 거래와 상이한 요소들이 개입하고 있다. 현재 사이버 공간에서의 국제거래를 규율하는 독자적인 법체계가 존재하지 않으므로,²⁵⁸⁾ 기존의 국제조약 내지는 각국의 국내법으로 규율할 수 밖에 없다.²⁵⁹⁾ 다만 사이버공간의 독립성과 자립성을 강조하는 입장에서 국경을 초월하는 독자적인 실체규범인 인터넷법 또는 사이버법을 만들자는 관념에서 이를 준거법으로 하자는 견해들이 있다. 이는 법적인 측면에서 현실적이라고 볼 수는 없다. 단지 장래에 관련사례가 축적될 때, 국제관습이나 거래관행으로서 의미를 가질 수는 있겠지만 어디까지나

257) 대법원1997. 9. 9. 선고96 다20093 판결참조.

258) 석광현, 국제적인 전자거래와 분쟁해결-준거법을 중심으로, 인터넷법률 2호(2000. 9), p.89. 국제관할에서와 마찬가지로 Cyber space에서의 준거법과 실체법에 관하여 새로운 규범이 적용되어야 한다는 입장도 유력하다.

259) 神前禎, “電子商去來의 準據法”, JURIST 1183 號(2000.08), p. 123.

準據法에 의하여 어느 나라의 국가법이 적용될 것인가를 결정할 필요는 여전히 있다.

(2) 불법행위의 준거법

EU의 경우는 계약의 경우와는 달리 불법행위일반의 준거법결정에 관한 국제조약은 존재하지 않는다. 로마협약은 원래 계약채무뿐만 아니라 계약외 채무도 함께 규율할 계획이었으나 결국 계약외 채무는 제외되었다. 유럽연합의 다수국가는 불법행위의 준거법결정에 관하여 불법행위지법을 준거법으로 한다. 다만 불법행위지법원칙은 불법행위와 그 행위로 인한 손해가 상이한 장소에서 발생한 격지적 불법행위의 경우 행동지와 결과발생지 중 어느 곳의 법을 준거법으로 할 것인지를 결정해야하는 어려운 문제를 제기한다.

미국의 경우는 1934년 처음 공포된 Restatement(First) Conflict of Law 제377조, 제384조는 불법행위사건의 경우 불법행위지법을 적용하였는데, 그에 의하면 법원은 '행위자가 불법행위를 구성하는 최후의 행위를 한 장소'의 법을 적용해야 했다. 이러한 원칙은 불법행위에 있어 당시 대다수 주의 관행을 승인한 것으로서 적용하기에는 비교적 간단한 것이었으나 탄력성이 결여되어 부당한 결과를 초래하였다. 이에 따라 Restatement(Second) 제145조에 따르면, 불법행위의 쟁점에 관한 당사자들의 권리와 책임은 그 쟁점과 관련하여 제6조에 기재된 원칙하에 사건 및 당사자들과 가장 중요한 관계를 가지는 주의 법이 적용된다. 가장 중요한 관계를 결정하기 위해 법원은 ① 침해가 발생한 곳, ② 침해를 유발한 행위가 행해진 곳, ③ 당사자들의 주소, 거소, 설립지, 영업지와 ④ 당사자들과의 관계의 중심지를 고려하고 있다.

따라서 불법행위지의 결정을 획일적으로 하는 것은 타당하지 않고, 과실책임의 원칙이 지배하는 개인간의 우발적인 일상의 불법행위에 대해서는 행동지설, 무과실책임의 원칙이 지배하는 기업에 의한 불법행위에 관해서는 결과발생지설에 의하여야 한다는 절충주의가 유력하게 주장되고 있다. 따라서 이러한 소비자 입장에서 볼 때, 사회적 경제적 약자인 소비자보호를 위

해 결과발생지설이 사고를 당한 환자의 입장에서는 훨씬 유리하다 하겠다. 만약 사전에 준거법을 지정하지 않은 경우에는 가장 밀접한 관련지법 원칙에 따라 원격진료계약이 체결된 곳 즉 의료사고가 발생한 국가의 법이 준거법이 될 수 있다.

(2) 準據法合意

관할합의에 있어서와 마찬가지로 電子去來에 있어서도 準據法 指定은 당사자가 任意로 정함이 원칙이다.

準據法合意가 없는 경우는 물리적인 소재지가 중요하지 않은 인터넷 공간상의 특성에 비추어 보면, 이와 관련하여 일본에서는 실무상 어느 편 당사자의 의사가 청약과 승낙인가 하는 미묘한 판단에 의하여 준거법이 달라지는 것은 타당하지 않다고 보이기 때문에 최근의 판례는 명시적인 합의가 없는 경우에는 오히려 간접사실에서 당사자의 의사를 해석하여 준거법으로 결정하는 경향이 있다.²⁶⁰⁾

電子去來에서 당사자 사이에 준거법에 관한 합의가 없다면, UCITA § 109(b)에서 UCC²⁶¹⁾와 달리 지정된 준거법과 거래사이의 합리적인 관련성 유무를 묻지 않고 일정한 장소를 준거법으로 지정하는 입법태도도 주목할 만하다. 즉 UCITA에 따르면, 당사자 사이에 아무런 준거법에 관한 합의가 없는 경우, 우선 의무이행이 접속계약이나 전자적 전달로 이루어지는 경우는 계약 체결 당시의 라이선서의 소재지법에 의하도록 하고 있다.²⁶²⁾ 유형

260) 즉, 전 거래행위의 체결과정과 계약의 내용, 이행의 방법과 절차 등에 비추어 당사자 사이에 어떠한 시적 합의가 있었음을 추론하는 것이다. 藤田耕司, “國際電子商取引に關する法律問題”, 自由と正義(1998. 3.), p. 127.

261) UCC §1-105(1998 Official text)는 당사자의 합의에 의하여 준거법을 선택할 수 있으나 선택된 법이 거래와 합리적 관련성을 가지는 경우에만 인정하고 있다.

262) 이 조항은 특히 영세기업에 아주 중요한 의미를 가지는 것으로, 그렇지 않다면 합의가 없는 경우에 영세기업은 미국의 50개 주와 전 세계의 법이 적용할 것을 대비하여야 하고, 그렇다면 많은 비용과 불확실성으로 인하여 이러한 기업의 전자거래의 진입을 방해할 것이다. UCITA §109 official comment 2. <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita600c.htm>>. 같은 조 (d) 항에서는 ‘a party is located’란 당사자 일방의 영업지, place of business 만을 가지는 경우에는 그 장소, 복수의 영업지를 가지는 경우에는 주된 사무소(chief executive office), 물리적인 사무소가 없는 경우에는 설립 장소 또는 주된 등록지(place of incorporation or primary

물의 인도를 요하는 소비자계약의 경우에는 소비자에게 인도되는 지역의 법에 의한다 (UCITA § 109 (b) (2)항).²⁶³⁾

그리고, 위 어느 경우에도 해당하지 아니한 경우에는 일반원칙에 따라 거래와 가장 중요한 관련이 있는 지역의 법에 의한다(UCITA § 109 (b) (3)항). 한편 당사자 사이에 합의가 없어 미국이 아닌 외국법이 정하여진 경우에는 그 외국법이 그 관할 내에 없는 당사자에 대하여 UCITA와 실질적으로 유사한 정도의 보호와 권리가 인정되는 경우에 한하여 그 법이 적용된다고 규정하고 있다.

6. 小結

보건의료서비스의 국경간 공급의 형태로서, 원격의료서비스 문제는 현재의 국제적인 체제에서 원격의료행위를 수행하기 위해서 원격의료인이 현지국의 의료인의 자격을 취득하는 것이 선행조건이다. 의료인의 자격에 대한 규정은 각국의 제도에 따라 자격이 주어지고 있지만, 외국의 자격에 대해서는 아직까지 폐쇄적이다. 외국에서 의료행위를 하기 위해서는 먼저 현지국의 면허를 취득해야 현지국에서 의료행위를 할 수 있다. 마찬가지로 서비스의 국경간 공급의 형태인 원격의료에서도 의료인의 자격이 있어야만 의료행위를 할 수 있음은 당연하다고 하겠다. 말레이시아나 웨스트버지니아州 등에서 원격의료법이 따로 만들어져 있고, 특히 말레이시아나 미국의 몬타나주는 원격의료인에 대한 자격을 법률로 규정하고 있다. 그러나 각국이 원격의료에 대해 입법화한 국가는 그다지 많지 않다. 따라서 현실적으로 국경을 초월하여 이루어지고 있는 원격의료에 대해, 국제법적인 자격기준이 정

registration)가 되고 어느 경우에 해당하지 않는다면 주된 거주지가 된다(primary residence).

263) 다만, 이에 대하여 동일한 소프트웨어를 다운로드 받는 경우와 CD-ROM으로 배달받는 경우, on-line으로 전자책을 다운로드 받는 경우와 서적을 송부 받는 경우 등에 있어서는 차이가 있게 된다. 전자에 대하여도 후자와 마찬가지로 보호가 필요한 것이 아닌가 하는 의문이 있다.

해져야 할 것이다. 이러한 원격의료에 대한 자격문제가 해결되지 않는다면, 의료서비스의 국경간 공급은 불법의료행위로서 문제가 될 것이다.

위와 같이 원격의료인의 자격문제가 정립되었을 때, 원격의료에서 의료과오에 대한 책임문제는 과실의 소재가 어디인가에 따라 결정될 것이다. 의료인의 처치나 오진 등이 의료행위의 수행과정에서 발생한 과오라면, i) 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 이용하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태에서는 원격지 의사와 현지 의사간에 그 책임의 범위와 한계를 보편적 의료수준에 따라 설정할 필요가 있고, ii) 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료 보조인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태와 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, 그리고 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태에서는 그 책임이 원격지나 현지의사에게 있다는 것을 규정할 필요가 있다. 또한 장비의 하자로 인한 의료과오라면 운용책임과 제조물책임에 따라 책임을 부과할 수 있는 국제적 규범화가 이루어져야 할 것이다.

전자처방전의 법적효력 문제에 있어서, 국내의료인이 원격의료행위에 의해 발행된 전자처방전은 유효하다. 하지만 외국의 의료인 자격으로 내국인에 대한 전자처방전을 발행했을 때, 이에 대한 의료행위는 현행 의료법상 무면허 의료행위로서 전자처방전이 인정되지 않는다. 이에 대한 문제는 의료인 자격과 함께 해결되어야 할 문제이다.

전자의무기록으로 인해서 일어날 수 있는 부작용은 환자들에 대한 전자의무기록 정보의 누설·변조·훼손 등으로 인한 환자정보의 침해행위일 것이다. 원격의료에 의한 의료정보의 대량입력, 저장 및 처리 등의 정보화가 진행되면 될수록 개인에 대한 정보 및 사생활의 영역이 점차 확대되며 침해의 위험성도 커질 것이다. 그러므로 정보보호를 위해 구체적인 인력기준, 시설기준 및 장비기준 등이 보안유지에 대한 안전규정과 함께 규범화 되어야 할 것이다.

일반적인 전자상거래는 불특정다수인에 의한 거래이므로 그 소재의 파악

이 용이하지 않으므로 재판관할권과 준거법을 결정한다는 것이 쉽지 않다. 원격의료에 의한 의료과오의 불법행위는 재판관할권과 준거법 결정은 그 행위자체가 환자의 인적사항과 관련된 여러 가지 정보가 종합되어서 이루어지기 때문에 대체로 특별관할에 의해 해결 될 수 있을 것이다.

第3節 醫療消費者的 海外 移動

소비자의 해외이동은 GATS 제1조 2항의 서비스 공급형태 2로서 정의하고 있다. 보건의료서비스에서 소비자의 이동은 환자들이 본국에서 치료를 받지 않고 외국에서 치료를 받는 경우에 해당한다.

개인의 보건의료서비스 해외소비형태는 대체로 일반화되어 있는 형태로서 우루과이라운드 체제하에서도 양허비율이 높은 공급형태이다. 해외소비는 생명과 건강의 문제로서 환자가 보다 나은 의료서비스를 받기 위해서 개인적으로 선택하는 이용의지의 문제이다. 이는 우리나라에서도 많이 이용하는 형태이며, 해외도피 등의 경우로 악용되는 이외는 전반적으로 허용되고 있다.²⁶⁴⁾ 그러나 최근에는 내국인의 해외원정 출산 등으로 많은 사회적 문제가 되고 있는 분야이기도 하다.

1. 消費者的 海外移動의 意義

소비자의 해외이동과 관련하여, 보건의료서비스분야에서 국제교역상의 경제적 의미를 가지는 공급형태는 내국인이 해외에서 진료를 받거나 소비하

264) 정영호, “도하개발 아젠다하에서 보건의료서비스분야의 대응방안”, 보건복지포럼 통권 제76호, 한국보건사회연구원(2003.2), pdf file, p. 5.

는 형태가 이에 해당한다. 1998년 WTO 사무국의 보건사회서비스 배경자료²⁶⁵⁾에 따르면 소비자의 해외이동 형태를 다음과 같이 구분하고 있다.

(a) 경제적 여유가 있는 개발도상국의 국민들이 높은 수준의 서비스를 공급받기 위하여 선진국으로 이동하는 것.

(b) 이국적인 치료법을 기대하거나 혹은 성형수술과 같이 의료보험이 적용되지 않는 서비스를 저렴한 가격에 제공받기를 원하는 선진국 국민들의 개발도상국으로의 이동

(c) 적절한 시기에 필요한 서비스를 제공받기 어려울 경우, 혹은 가격이나 품질에 있어서 경쟁력이 있는 쪽으로 개발도상국 사이나 선진국들 사이에 국민들이 이동하는 것.

이 공급형태하의 보건의료서비스무역은 우선적으로 외국 환자에게 제공된 보건의료서비스를 포함한다. 그러나 외국학생들에게 제공된 교육서비스 또한 보건서비스무역으로 고려될 수 있다.

2. 患者의 移動

환자이동의 경우에 있어서 가장 중요한 장벽은 아픈 사람들의 정서적 불안정으로 그들의 가족들과 헤어지고 싶지 않다는데 있다. 그리고 특히 환자들은 외국과 그들의 문화와 언어의 차이에 민감하다. 보건진료를 받기 위해 기꺼이 여행하는 사람들에게 대한 2차적인 장애는 대부분 공공보건체계와 私保險정책들이 해외 보건치료비를 부담해 주지 않는다는 사실이다.²⁶⁶⁾ 이러한 사실들은 환자의 이동을 수반하는 소비자들에 대해서 보건의료와 관련된 무역시장을 실질적으로 제한하는 장벽으로 기능하고 있다. 그러므로 어떤 환자들은 그들의 건강보험 하에서 필요한 치료비용이 급여되지 않거나,

265) op. cit., 94, p. 5. para. 21.

266) 몇몇 “호화로운” 私保險 계획의 예외는 해외진료를 포함하지만, 아주 높은 프리미엄을 부과하고, 몇몇 보험정책은 출장이나 휴가 동안 응급의 경우에 해외에서 받은 보건치료비를 부담한다.

필요한 치료를 받을 수 없으며, 단지 일부만 급여된다면 해외보건의료를 찾는다는 것이다. 치료비를 지불해야 하는 환자들은, 질에 비해서 비용효과가 본국보다 더 유리한 곳으로 가는 것을 생각할 수 있다. 보험계약이 외국의 의료서비스에 접근하는데 오래 대기하며 기다리게 하거나, 환자들이 외국기관에서 제공하는 보건의료서비스의 질이 국내기관의 그것과 비슷하다고 느낄 때에는, 환자들의 이동요인이 더 적을 것이다.²⁶⁷⁾

그러므로, 외국에서 보건의료를 찾는 환자들은 다음과 같은 경우로 볼 수 있다. (i) 본국에서 이용할 수 없거나, 유명한 보건기관에서 진보된 기술을 이용하는 특별한 외과적 처치를 찾아 해외여행 하는 사람들, (ii) 요양치료를 찾아 여행을 하는 사람들, (iii) 온천이나 광천 등 자연자원의 혜택을 받기 위해 특별한 곳으로 여행하는 사람 또는 휴양과 같은 다른 활동과 함께 치료를 연결하는 사람들, (iv) 의학적, 치과적 치료를 본국에서 받을 수는 있으나, 본국에서 이용할 수 없는 값싸고 특별한 서비스나 비슷한 치료의 질을 찾아서 여행하는 사람들, 혹은 해외이민을 위해서 여행하는 사람들, (v) 의료비용이 더 낮은 국가로 이동하는 노인들과 기후가 본국보다 좋거나 수년간 해외에서 살았던 귀국국민들과 귀국 후 본국에서 퇴직하는 사람들의 경우이다.²⁶⁸⁾

또한 외국의 보건의료를 찾는 다른 경우로서, 잘 발달된 교통기관과 유사하거나 같은 언어와 문화, 우호적인 의사와 환자와의 관계, 해외보건서비스를 즉시 편리하게 이용할 수 있는 정보, 그리고 본국의 보건의료기관과 협력관계의 분야들은 대부분 외국에서 더욱 더 매력적인 보건치료를 찾아 선택하는데 기여한다. 반면에 비자요구, 외국환의 환전제한, 의료소비에 대한 허가를 얻기 위한 필요한 절차는 외국에서 서비스를 찾는 많은 환자들을 억제시킬 수 있다.²⁶⁹⁾

전통적으로 외국환자들을 유인했던 국가들은 국제적인 명성의 보건의료

267) op. cit., 122, para. 42.

268) op. cit., 122, para. 43.

269) op. cit., 122, para. 44.

를 제공하는 공급자들이나 특별한 치료 그리고 현재의 발달된 기술수준을 공급할 수 있는 선진국들이었다. 그러나 선진국들은 그들이 부과한 치료비에서 더 값싸고, 더 나은 보건의료기술을 공급함으로써 소비자들을 유혹하는 것들을 개발하고 있다. 또한 선진국들은 그들이 공급하는 치료의 우수성에 근거하여 국제 보건의료서비스시장을 공략하기 위해 노력하고 있고, 그리고 그들의 자연적·지리적·문화적 특성을 이용하고 있다. 그러나 이러한 활동분야들은 보통 가격의 우위성과 함께 관련되어 있다.²⁷⁰⁾

그리고 환자들의 이동은 몇 년 전까지만 해도 환자들이 점차 고도로 전문화된 치료를 요구하고, 그것을 제공할 수 있는 보건의료기관의 수가 제한적일 것이라는 전제 하에서 국가간 이동은 늘어날 것으로 예상했다. 그러나 특히 상업적 주재나 국경간 무역공급과 같이 다른 공급형태의 類型이 해외 여행하는 환자들에 대한 동기를 감소시키거나, 외국에서 그들이 체류하는 기간을 단축시키고 있다.

반면에 보건치료결과에 대한 보험적용의 감소와 함께 세계적인 의료비용의 증가경향과 공공보험 재정 감소는 가격 대 질의 비율이 본국보다 더 유리한 국가에서는 보건의료를 찾는 더 많은 환자들을 유인하는 결과를 초래하였다. 또한 개발도상국의 보건기관이 규제를 통해 의료비용을 지키려는 노력은 선진국의 보건유지기관을 자극하게 될 것이다. 결국 공공보건의료 적용의 축소는 私保險의 확대를 가져오고, 이러한 사보험의 확대는 해외치료에 대한 공급으로 연결될 것으로 예상된다.²⁷¹⁾

특히 미국은 주요한 잠재적인 외국환자들을 유인하기 위해 어떤 국가에

270) op. cit., 122, para. 45. In the case of Mexico, for example, geographical proximity to the United States represents the major comparative advantage, along with lower costs, for developing health services exports. In addition, cultural factors in the border area - such as language and the special characteristics of the doctor-patient relationship - attract patients of Mexican descent and other Spanish-speaking patients who reside in the United States. In the case of Jamaica, an area of comparative advantage for the country is that it shares a common language with its main potential markets, the United States and several neighbouring Caribbean countries. In the case of India, most foreign patients come from countries having a large population of Indian origin.

271) op. cit., 122, para. 48.

서 병원 병실을 호화로운 시설로 갖추고 마케팅 노력을 추진하고 있다. 이와 같이, 국가관리의료가 이미 제정되어 있는 국가에서, 높은 의료비를 지불하는 외국고객들을 유인하기 위한 의료기관들의 노력은 그들의 효과를 나타내기 시작하고 있다.²⁷²⁾

보건의료서비스 관련 GATS위원회에서, 해외소비는 일반적으로 제한없이 허용되지만, 불가리아, 폴란드, 미국 등의 국가들은 공공보험계획의 국외 적용에 관한 제한을 지적하고 있다.

3. 保健教育을 위한 移動

대체로 학생들은 학위인정과 전문면허를 취득한 후, 장차 전문직 수행에 문제가 없는 자국에서 공부하는 것을 선호한다. 이러한 종류의 소비자 이동은 자국에서 소비자들이 원하는 보건교육을 받을 수 없을 때 주로 발생한다. i) 의학적 또는 준의료적 수련비용이 여러 국가들 가운데 아주 다양할 때, ii) 학생들이 국내 의과대학의 자격증으로 대체할 수 없을 때, iii) 만일 그들이 해당 국가의 노동시장에 그들의 접근을 촉진하는데 필요한 높은 교육수준을 습득하는 것이 목적이라면, 그들은 공부를 하거나 자국에서 장차 그들의 소득을 증진하는 것을 인정하고 있다. 몇 가지 경우에는 외국 학생들이 “체류자들”로 되고,²⁷³⁾ 따라서 서비스의 수입자들에서 수출자들로 그들 자신들을 전환하는 한편, 같은 기관에서 머물게 된다.²⁷⁴⁾

보통, 외국학생들을 유혹하는 선진국들의 힘은 먼저 그들 기관의 국제적 평판에 근거하고 있거나 그들이 제공할 수 있는 수련의 수월성에 근거하고 있지만, 이러한 교육을 받기 위한 한계비용증가는 선진국들조차도 외국인 학생들을 유치하는 경쟁에 노출되는 결과를 초래하는 원인이 되고 있다. 몇

272) op. cit., 122, para. 49.

273) 졸업 후 서비스를 공급하는 의학 수련자들.

274) op. cit., 122, para. 51.

몇 개발도상국들에 소재하고 있는 학교들 또한 좋은 평판을 유지하고 있기 때문에, 이러한 개발도상국의 학교들은 저렴한 교육비용과 높은 명성을 결합하여 외국학생들을 유혹하는 수단으로 활용하고 있다.²⁷⁵⁾

외국기관의 선택에 대한 가장 중요한 기준은 그 자체의 명성과 교육에 소요되는 비용, 그리고 제정의 가용능력에 있다. 또한 언어·문화적 친근성·지리적 근접성과 같은 다른 요인들도 함께 중요한 역할을 한다. 예를 들면, 이러한 요인들은 전통적인 중국의학 수련의 특이성이 외국 유학생들을 유혹하는 원인이 되기도 한다. 외국으로 교육이나 수련을 받으러 가기 위한 선택은 외국의 학위가 본국에서 인정되는 정도에 따라서 영향을 받는다.²⁷⁶⁾ 학위인정과 관련한 문제들은 통상적으로 아주 민감하다. 그 이유는 다음과 같은 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 국가나 학교의 차이에 따라서 제공되는 교육과정의 객관적인 차이 때문이다. 둘째, 특히 자국의 교육기관에서 수련 받은 의료요원이 충분한 경우에는, 자국의 보건전문가협회 등이 외국에서 공부한 학생들에게 국내시장을 개방하는 것을 반대하기 때문이다. 그렇지만, 전문가협회들은 보건전문직이 어떤 기준에 따르도록 하고 이를 보증하는 긍정적인 역할을 한다.²⁷⁷⁾

몇몇 국가들은 외국학생들에게 교육과 수련을 제공하는 오래된 전통을 가지고 있다.²⁷⁸⁾ 한편 오스트라리아 같은 국가들은 아주 최근에 이 시장에 진출하고 있다. 전통적으로 기술협동프로그램체제로 외국학생들에게 교육과 수련을 공급하고 있는 중국과 같은 나라들은 현재 국가 경제적인 이유에서 외국학생들을 유치하는 것으로 방향을 전환하고 있다. 그러나 브라질과 같은 국가들은 아직까지 기술지원체제와 같은 종류의 협정에 근거하여 주로 외국학생들을 받고 있다.²⁷⁹⁾

275) op. cit., 122, para. 52.

276) op. cit., 122, para. 53.

277) op. cit., 122, para. 54.

278) 예를 들면, 영국이나 미국.

279) op. cit., 122, para. 55.

한편 몇몇 개발도상국들은 소비자가 원하는 보건교육을 공급할 수 있는 의과대학교나 준의료학교를 설립하였는데, 이러한 설립 이후로 외국으로 유학하는 개발도상국 학생들의 해외이동은 감소하고 있다. 더욱이 개발도상국 학생들은 본국에서도 정보기술과 부분적인 원격의료를 통하여 쌍방향 교육 서비스를 이용하는 것이 가능하게 되었다. 또한 이러한 서비스의 이용은 교육의 질을 향상시키는 결과를 가져왔고, 선진국으로 이동하는 사례는 더욱 줄어들게 되었다. 그러나 과거에는 보건전문직 학생들이 의과, 치과 또는 간호에 치중했던 반면, 오늘날에는 보건서비스관리 또는 간호행정 같은 새로운 분야에 진출하는 경향이 있다. 대부분의 개발도상국들은 이러한 새로운 분야에 적합한 교육과 수련을 제공할 수 없기 때문에, 이런 종류의 교육이나 수련에 적합한 기회를 제공하고 있는 선진국의 의료교육기관들이 개발도상국으로부터 유학생들을 유치할 수 있는 가능성을 가진다고 할 것이다.²⁸⁰⁾

4. 消費者의 海外移動 관련 法的問題

가. 해외소비자의 의료보험 적용 문제

보건의료서비스를 받기 위해서 여행하는 사람들에게 수반되는 문제점은 대부분의 경우 공공보건의체와 개별보험정책들이 해외 보건치료비를 부담하지 않는다는 사실이다. 그래서 의료소비자의 해외이동의 주요한 장벽은 건강보험이 해외에서 적용되지 않는다는 점에 있다.²⁸¹⁾

이러한 문제들에 대한 EU국가들의 사례는 건강보험의 해외 적용에 대한 하나의 실마리를 제공한다고 볼 수 있다. EU는 마치 환자들이 그 국가에서 보험계약을 한 것과 같이 EU 시민이 주재하거나 머무는 국가의 규정에 따

280) op. cit., 122, para. 56.

281) op. cit., 94, p. 5, para. 23.

라 의료급부금이 제공되는 시스템을 통해서 공공보건의료보험의 비이동성의 문제를 다루고 있다. 이러한 급부금은 시민들이 사실상 보험계약 국가에 의해 제공받는 것 보다 더 유리하거나 혹은 불리할 수도 있다고 한다. 이렇게 제공한 의료서비스에 대해서, 보건의료기관은 서비스공급 후에 청구서의 지불내용을 이용환자 본국의 건강보험사에 제출하고 있다.²⁸²⁾

다른 예를 들면, 이집트나 요르단, 코스타리카 등과 같은 국가들의 환자들은 국민건강보험제도(National Health System : NHS)가 환자들이 원하는 치료를 공급할 수 없을 때, NHS의 비용지출에 의해서 해외치료를 받을 수 있도록 허가를 받게 된다. 그러나 그 허가절차는 오래 걸리거나 절차가 까다로운 점이 문제점으로 남아있다. 한편 건강보험의 해외적용과 관련하여, EU회원국들을 포함한 몇몇 국가들은 공공건강보험의 전체 또는 부분적 이동을 허용하는 양자협정에 서명하고 있다.²⁸³⁾

나. 醫療事故時의 法的問題

앞에서 언급한 여러 가지 이유로 인해, 환자들은 본인에게 적합한 의료서비스를 찾아 해외로 이동하여 왔으며 앞으로 이러한 이동은 계속될 것이다. 이처럼 의료서비스를 제공받기 위해 해외로 이동한 환자들이 성공적인 치료를 받고 본국으로 무사히 돌아왔을 때는 아무런 문제가 발생되지 않는다. 그러나 이들이 해외에서 치료를 받는 동안에 의료사고가 발생하게 된 경우에는 여러 가지 문제가 대두된다. 이러한 문제에 대한 법적문제는 앞에서 논의한 재판관할권과 준거법에 따라서 해결하여야 할 것이다.

282) 지역적인 협회에 속해 있는 다른 국가들은 비슷한 체계로 발전하려고 노력하고 있다. 가령 MERCOSUR의 경우에 제안은 논의 하에 있는 그 국가의 국민에게 적용하는 같은 조건하의 다른 국가에서 보건치료를 받도록 한 국가의 시민을 허용한다. 이 이행에 대한 주요 장애는 국가보건체계 간의 유사성의 결여에 있는 것 같다.; 자료는 1997년 1월 브라질 보건부장관의 특별보건의문제에 관한 권고적 서비스의 표제(Assessoria de Assuntos Especiais de Saude) 인터뷰에서 수집했다.

283) op. cit., 122, para. 46.

5. 小結

의료소비자의 해외이동은 경제적 여유가 있는 개발도상국의 국민들이 높은 수준의 서비스를 제공받기 위하여 선진국으로 이동하는 경우와, 이국적인 치료법을 기대하거나 혹은 성형수술과 같이 의료보험이 적용되지 않는 서비스를 저렴한 가격에 제공받기를 원하는 선진국 국민들의 개발도상국으로의 이동, 혹은 적절한 시기에 필요한 서비스를 제공받기 어려울 경우, 혹은 가격이나 품질에 있어서 경쟁력이 있는 쪽으로 개발도상국 상호간이나 선진국들 상호간에 국민들이 이동하는 경우 등이 있다. 보건의료서비스 관련 GATS위원회에서, 해외소비는 보통 제한없이 허용되지만, 몇몇 국가들은 공공보험계획의 국외 적용에 관한 제한을 지적하고 있다. 이러한 소비자의 해외이동에서의 문제점은 공공보험이 적용되지 않는다는 점이다. 이에 대해서 EU회원국들을 포함한 몇몇 국가들은 공공건강보험의 전체 또는 부분적 이동성을 허용하는 양자협정에 서명함으로써 해결하도록 하고 있다. 이렇게 국가간 보험적용은 양자협정이나 다자간 협정을 통해서 적용체계를 구축하는 것도 한 가지 방법일 것이다. 그리고 의료소비자의 이동에 대한 공공보험의 적용이 어렵다면, 국제적인 개별보험사를 통해서 보험을 적용할 수 있는 체계를 구축하는 것도 고려할 수 있다.

第4節 商業的 駐在를 통한 서비스의 法的問題

1. 商業的 駐在의 의의

여기서 상업적 주재는 GATS 제1조 2항의 공급형태 3에서 정의하고 있

는 서비스의 공급형태이다. 이러한 商業的駐在은 서비스의 공급을 목적으로 회원국 영토 내에서 설립하는 모든 유형의 영업적 또는 전문직업적 기관을 의미하며, 이러한 상업적 주재의 범위에는 (1) 법인의 구성, 인수 또는 유지 (2) 지사나 대표사무소의 창설 또는 유지 등이 포함된다²⁸⁴⁾고 한다. 보건의료서비스에서 상업적 주재는 병원설립과 경영분야, 보건보험분야 그리고 교육분야로 나누어 볼 수 있다. 특히 병원운동을 통한 상업적 주재는 병원의 설립과 관계가 깊다. 어떤 국가의 보건의료기관이 자회사 또는 합작기관 형태로 외국에서 법인체를 설립하고자 한다면, 외국자본의 이동 및 투자의 문제가 대두된다. 외국의 투자자의 입장에서 본다면, 이러한 자본이동은 투자한 자본에 대한 과실송금의 가능성여부가 투자결정에 심각한 영향을 미치게 되는데, 과실송금 허용요건은 투자하고자 하는 국가가 보건의료기관을 영리기관으로 허용하고 있는가의 여부에 달려 있다고 하겠다. 그런데 대부분의 국가에서는 보건의료의 공공성으로 인해 영리기관을 허용하지 않고 있다.

따라서 본고에서는 우선 보건의료분야의 상업적 주재의 유형으로서 병원 설립과 경영 분야, 보건보험 분야, 교육 분야를 살펴보고 난 후, 여러 국가의 보건의료기관 설립제도에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 保健醫療서비스에서 商業的 駐在의 類型

보건의료서비스의 공급형태는 보건관련서비스를 공급하기 위하여 해외시장에서 상업적 주재의 설립을 포함하며, 다음과 같은 네 가지 범주로 분류할 수 있다. 이는 (i) 병원운영이나 경영분야, (ii) 건강보험분야, (iii) 교육분야에서, 그리고 (iv) 특별한 목적에 근거한 해외에서의 상업적 주재 등이다.²⁸⁵⁾

284) GATS 제28조 d.

285) op. cit., 122, para. 57.

대부분의 국가에서는 보건의료분야의 해외투자에 대해서 금지하지는 않지만 중요한 제한을 부과하고 있다. 그러나 많은 국가들은 다양한 형태의 해외주재에 대해 그들의 시장을 개방하고, 보다 더 높은 보건의료서비스를 얻기 위한 수단으로써 경쟁을 유도하고, 의료비용이 증가하는 것을 줄임으로써 공공보건 분야의 재정압박에서 벗어나려고 노력하고 있다. 더욱이 새로운 경영기법은 투자의 최소화와 함께 적극적인 해외참여를 촉진하고 있다.²⁸⁶⁾

가. 병원운영과 경영 분야에서 해외 상업적 주재

일반적으로 병원경영회사들은 합작투자 설립을 개방하고 있는 투자자유법을 가진 국가에서 자발적으로 설립하는 것을 노력하고 있다. 그리고 병원경영회사들은 1인당 높은 수입을 가지거나 개별 보건치료를 할 여유가 있는 인구의 대부분을 차지한다.²⁸⁷⁾

대부분 보건의료서비스 공급자들은 지역의 투자자들과 함께 합작투자하거나 또는 지역이나 제3국 투자자들과 공동으로 3자 관계 투자를 통하여 외국에서 보건의료서비스 기관을 설립하고 있는 것으로 나타나고 있다. 보건의료기관의 설립은 상업적 주재의 한 형태이지만 많은 국가에서 이를 제한하고 있기 때문에, 경영계약과 허가는 병원서비스를 위한 상업적 설립의 채택수단으로 이용하고 있다. 통상 지역협력에 따라 외국의 보건의료서비스 공급자들이 지역의 시장에 접근할 수 있도록 면허를 인정하거나, 또는 의료요원을 수련시키는데 중점을 두고 있다. 더욱이 지역당사자는 지역적 접근과 위임을 보장하도록 도와준다.²⁸⁸⁾

병원운영이나 경영에서 상업적 주재의 주요한 특징은 병원경영이나 제약회사와 같은 전통적인 사업이 보건의료서비스와 밀접한 관계가 있다는 점

286) op. cit., 122, para. 58.

287) op. cit., 122, para. 59.

288) op. cit., 122, para. 60.

이다. 이러한 특징은 병원운영이나 경영이 성장분야이며 이상적인 사업다각화의 대상으로 간주하는 원인이 되고 있다. 다른 분야의 증가 양상은 부수적인 보건서비스를 실행하는 비보건의료 관련회사와 관계가 있다.²⁸⁹⁾

나. 보건 보험분야의 해외 상업적 주제

최근까지 사보험 분야는 부분적으로 해외개발시장이 제한되었기 때문이 아니라 이는 몇몇 국가들이 건강보험의 법적 규제 또는 개별해외투자를 억제했기 때문인 것으로 나타나고 있다.²⁹⁰⁾

예를 들면, 브라질에서 건강보험시장은 보건의료서비스의 질을 향상시키기 위하여 정부의 관련 위원회가 시장에서 더 낮은 가격과 공정한 수준의 경쟁을 유도함으로써, 1996년 5월에 외국자본과 회사들에게 개방하였다. 그러나 외국보험회사들이 병원에 투자하는 것을 수용하지 않고 있는 주요한 이유는 예상했던 가격감소가 아직 나타나지 않고 있기 때문이다. 그러므로 보험시장은 아직까지 아주 한정된 경쟁으로 특징지어지고 있다.²⁹¹⁾

해외시장 진출을 위한 다른 경영기법은 경영과 보험을 통합한 “관리의료” 서비스를 통한 진출이다. 관리의료서비스라는 것은 등록회원들이 매달 정해진 보험료를 납부하고 관리의료기관은 의사와 병원과 보험회사와 연결하는 계약²⁹²⁾을 통해서 등록회원들에게 포괄적인 보건의료서비스를 제공하는 재정과 보건의료의 보급을 통합하는 다양한 관리체계를 의미하는 것이다.²⁹³⁾

289) op. cit., 122, para. 61.

290) op. cit., 122, para. 62.

291) op. cit., 122, para. 63.

292) 대부분 “관리의료조직”은 대형 보험회사들에 의해 제공된다.

293) The term “managed care” encompasses health maintenance organizations(HMOs), preferred-provider organizations(PPOs), and point-of-service financing and delivery systems. HMOs are the most tightly structure variant of managed care, requiring patients to use participating physicians for medical care except in emergencies. PPOs are networks of individual physicians, medical groups, and hospitals that accept a discounted rate of payment in exchange for the plans' efforts to deliver large numbers of patients. Point-of service plans are more restrictive than PPOs, but less so than HMOs, in terms of

그것은 고정된 공급자들과 시장이 모두 형성되지만, 최소의 비용으로 치료를 제공하도록 참여 의사들에게 요구함으로써 전체적인 의료비용을 감소시키는데 기여한다. 몇몇 국가들에서는 사보험에 정상적으로 가입하여 보험료를 지불할 수 없는 사람들에게는 관리의료서비스를 제공할 수 있도록 하고 있다. 따라서 이들은 공공보건보험의 대상에서 벗어난다. 그러나 이러한 관리의료서비스 제도는 개별분야에 대한 공공의사의 부족을 초래할 위험성을 내포하고 있다. 뿐만 아니라 관리의료회사는 그들의 수입과 보건의료의 질에서 그들의 자율성을 줄이는 것을 두려워하는 개업의사들로 부터 비난을 받게 된다. 그러나 관리의료서비스제도가 본격적으로 도입되게 되면, 개업의사들은 관리의료기업과 경쟁하기 어렵다는 것을 알게 될 것이다.²⁹⁴⁾

다. 교육분야의 상업적 주제

유명한 의과대학교는 개발도상국들을 포함한 다른 지역대학과 합작투자를 통하여 외국에서 학교를 설립하고 있다. 이런 종류의 해외 상업적 주제는 종종 공급자의 이동²⁹⁵⁾과 소비자²⁹⁶⁾들의 이동에 의해 이루어진다. 이러한 외국 의과대학을 받아들이는 국가의 관심은 주변의 다른 국가들과의 의료서비스의 차별화 및 수용국 학생들의 교육수준이나 의료요원을 교육할 수 있는 교육과정을 향상시키는데 있다. 한편 수출기관의 관심은 새로운 소득자원에 접근하고 그 명성을 해외에 확산시킴으로써, 본국에서 의료서비스의 공급과잉과 같은 큰 혼란을 피하는데 있다.²⁹⁷⁾

patients' ability to choose doctors; J.K. Iglehart, "Health Policy Report, Physicians and the Growth of Managed Care", the New England Journal of Medicine, Vol. 331, No 17, October 1994, pp. 1167-1171.

294) op. cit., 122, para. 64.

295) 예를 들면, 전문가 등.

296) 예를 들면, 본국에서 자회사와 반대로 학생이 이동하는 경우.

297) op. cit., 122, para. 65.

라. 특별한 목적에 근거한 해외 상업적 주재

회사들은 가끔 다자간 재정프로그램체제에서 보건시설을 향상시킬 목적으로 자회사를 외국에 설립한다. 이런 종류의 상업적 주재는 한시적이고, 통상 특별한 활동을 실행하기 위한 목적이 완료한 때에는 주재국을 떠난다.²⁹⁸⁾

3. GATS 委員會 報告²⁹⁹⁾

GATS 위원회의 보고서에 따르면, EU의 모든 회원국들은 새로운 병원기 관설립에 관한 경제적 수요제한의 몇 가지 형식을 유지하고 있다. 더욱이 대부분 EU회원국들은 상업적 주재의 설립에 외국인 참가를 지배하고 지역적으로 혜택을 받는다. 보다 적게 혜택을 받는 대우는 외국인 또는 실질적인 사유권을 취득과 관련한 실제 또는 보건의료관련 투자를 확대할지도 모른다는 것이다.³⁰⁰⁾

미국의 경우는 병원설립이나 다른 보건의료시설은 필요성에 따른 양적 제한을 받을 수 있다. 캐나다는 보건의료서비스에 관한 어떠한 위원회를 계획하지 않고 있다. 일본은 자국민으로서 면허받은 의사의 병원 소유권 또는 적어도 한 회원이 일본 면허를 받은 의료인들의 병원의 집단소유권에 대하여 제한을 가하고 있다. 더욱이 영리를 목적으로 한 투자자의 병원소유는 허용하지 않는다. 일본의 관련 법규를 살펴보면 가정간호 분야에서는 대체로 개방적이다. 그러므로 외국회사들은 일본에서 65세 이상 인구의 급속한 증가와 가정간호인력 및 다른 정기요양시설의 부족 등의 원인으로 수익을 올리고 있다.³⁰¹⁾

298) op. cit., 122, para. 66.

299) op. cit., 122, para. 66.

300) op. cit., 122, para. 67.

브라질에서는 1998년 헌법에 따라 외국회사들이 개인병원이나 의원을 소유할 수 없다. 멕시코의 경우에 해외투자는 기업 등록자본의 49%정도를 허용해 주고 있다. 인도에서는, 외국회사가 기업등록자본 51%의 상한과 함께 법인회사를 통해서만이 회사를 설립할 수 있다. 말레이시아는 경제적 필요성 심사를 지지하고 있다. 외국인들은 말레이시아인 개인이나 말레이시아인들이 관리하는 회사와 함께 합자회사를 설립할 수 있다. 합자회사에서 외국인 주주의 전체 소유의 합은 30%를 초과하면 안된다. 그러나 몇몇 국가들은 자국이 설립한 관련 위원회를 통한 관리를 면제하고 있거나 실질적으로 더 많은 개방을 허용하고 있다.³⁰²⁾

“생명, 상해와 건강보험 서비스”에 관한 GATS 위원회는 상업적 주제 공급형태 하에서 아주 자세히 설명하고 있다. 국경간 무역은 시장접근과 내국민대우와 관련하여 크게 제한하지 않고 그대로 두고 있다. 자유화 위원회는 시장접근과 관련하여 다소 더 많은 해외소비를 촉진하였지만, 대부분의 조치는 무제한으로 남겨둠으로써 내국민 대우를 강화하지 않았다. 상업적 주제를 통한 생명, 상해와 건강보험서비스를 제공하는데 대한 수많은 필요조건들 가운데, 다음과 같은 것들이 시장접근위원회 하에서 대부분의 국가들에 의해 언급되고 있는데, 즉 i) 외국인의 동등한 참여 제한, ii) 특별한 실정법과 함께 서비스를 공급하도록 하는 필요조건들, iii) 상업적 주제, iv) 허가서와 면허요구, v) 개방형태 이행에 관한 제한 등을 언급하고 있다. 또한 몇몇 국가들에서는 경제적 수요 심사와 같은 임의적인 조치를 포함하고 있기도 하다. 내국민 대우에서 위원회는 보다 덜 엄격하다. 그리고 조건들은 주로 외국인 주주와 국적 조건들을 제한하는 것과 관련시키고 있다.³⁰³⁾

선진국과 개발도상국간의 경향은 의료비용을 지급할 수 없는 사람들에게 접근하기 쉬운 사보험 구조를 만들기 위하여 국내외 경쟁을 통한 비용 감

301) op. cit., 122, para. 68.

302) op. cit., 122, para. 69.

303) op. cit., 122, para. 70.

소와 서비스의 질을 개선할 목적으로 시장을 개방하고 있다. 일부 국민의 공공보험에서 사보험으로의 전환은 공공분야에서 이용할 수 있는 인적 및 재정적 자원이 증가하는 결과를 낳게 되고 특히 의료요원과 보건의료시설의 부족을 경험하는 국가들에게는 긍정적인 영향을 미치게 될 것이다. 상업적 주제를 통한 개별과 공공분야에 대한 새로운 시도는 동일한 시장에서 공존하는 방법이다. 몇몇 국가들은 이미 보건 분야에서 국내외 개별 투자가 전체 국민에게 유익하다는 것을 확신하게 하는 계획을 완벽하게 세우고 있다.³⁰⁴⁾

외국 보험회사에 대한 시장개방은 몇 가지 긍정적인 결과를 가져오고 있다. 그것은 외국회사와 경쟁해야 하는 국내 회사들이 보험조건, 수혜범위, 등록범위 등에서 그들의 고객들에게 제공하는 보험패키지를 이미 개선하고 있다. 환자수의 증가가 사보험방식과 결합할 수 있고 더 많은 형태의 치료는 사보험방식을 포함하지만, 그 결과는 공공기반의 부담을 줄이게 될 것이다. 그러나 법규의 “새로운 제정”은 해외 상업적 주체가 수입국에게 국가보건체계를 지원한다는 것을 보장하도록 요구 받게 될 것이다.³⁰⁵⁾

4. 外國의 醫療機關 設立 形態

가. 美國

미국에서 보건의료시설에 대한 면허나 특별서비스에 대한 승인을 받으려면 주 보건부에 신청서를 제출해야 한다. 신청서식에 포함된 내용은 신청자의 이름(개인이면 18세 이상인지의 여부), 의료기관의 형태, 위치, 대표자 성명, 신청자가 책임있는 인품을 가졌다는 증거, 신청자가 준법성과 보건부

304) op. cit., 122, para. 71.

305) op. cit., 122, para. 72.

가 공포한 규정을 준수할 능력에 대한 보건부장관이 만족할 만한 증거, 보건부가 적절하게 관리하고 실행하는데 필요한 기타 정보이다.

주의 보건부는 시설, 경영, 규칙, 규정, 장비, 직원, 의료의 표준과 서비스 등이 적절하지 않는 한 병원설립을 허가하지 않는다. 그리고 기업이 의료서비스를 상업적으로 이용함으로써 의료행위를 남용할 가능성으로부터 소비자를 보호하기 위하여 기업의 의료행위를 금지한다. 그러나 非營利協會는 회원에게 의료서비스를 제공하기 위하여 면허있는 의사를 고용할 수 있다.

보건부는 병원건립의 필요성을 조사하기 위하여 공공, 비영리, 개인병원을 포함한 기존 병원을 감사하며, 감사와 조사에 근거하여 주에 적합한 건립계획을 세울 수 있다.

미국은 “직업의 자유”라는 기본권을 의료인에게도 인정하여 자신의 선택에 의하여 영리의료기관 혹은 비영리의료기관을 운영할 수 있도록 하고 있다. 반면에 내국세법에서는 영리의료기관에 대해서는 비과세의 혜택은 물론이고 여러 가지 재정적·물질적인 지원을 하고 있다. 그러나 자본가의 자본참여와 의료인의 전문지식이 결합하는 형태인 영리의료법인에 대해서는 미국의료계의 오랜 전통인 “상업적 의료행위의 금지”원칙을 적용하고 있다. 상업적 의료행위금지의 원칙이란 회사가 의사의 의료행위제공을 목적으로 하는 고용계약을 의사와 체결하고 그에 대한 대가로 의사에게 보수를 지급하는 것을 금지하는 것으로, 법인인회사가 의료인을 고용하거나 의료인의 의료행위를 소유하는 것을 금지하는 것이다. 즉 의료행위가 영리를 추구하는 수단으로 이용되는 것을 억제하는 것으로 보인다.³⁰⁶⁾

그러나 미국의 병원계는 1980년대부터 경쟁 속에서 많은 변화를 경험해왔다. 1990년대 들어서 비영리의료기관의 영리병원분야에 진출해 오고 있다. 비영리의료기관의 영리병원으로 전환하는 방법은 미국의 각 주별 법규에 따라 차이를 보인다³⁰⁷⁾고 한다.

306) 박민, “영리의료법인의 의료·윤리적 측면”, 대한병원협회지(2002. 9,10월호), p. 15.

307) 정기택, “미국병원의 영리법인화 유형과 추세”, 대한병원협회지(2002. 9,10월호), p. 71.

나. 日本

병원을 개설하고자 하는 의사나 치과의사는 개설지역의 都道府縣 지사의 허가를 받아야 하고, 都道府縣 지사는 후생성이 정하는 표준의료계획에 따라 허가해 준다. 영리법인이 경영하는 의료시설은 직원들의 후생복지시설로 인정되는 경우를 제외하고는 허가되지 않는다.

국가나 지방공공단체는 표준의료계획에 비추어 병원이나 진료소가 부족한 지역에 대해서는 정비를 할 수 있으며, 都道府縣 지사는 병원의 개설 등을 권고할 수 있다. 그리고 의료의 보급을 위해 필요하다고 인정할 때에는 都道府縣, 市井村 기타 후생대신이 정한 사람에 대해 그가 개설한 공적의료기관에 대해 예산이 정한 범위 내에서 설치에 필요한 비용의 일부를 보조할 수 있다.

다. 中國

외국인의 의료기관에 대한 투자 또는 설립에 대해서는 상법의 적용을 받아 영리기업으로 운영이 가능하다고 한다.³⁰⁸⁾ 외국인의 종합병원 설립에 법적제한은 없고, 투자형태는 독자·합자·합작기업의 형태가 있으며, 독자기업의 경우 실제집행과정에서 규제가 심하여 대부분 합작, 합작투자의 형태를 취하고 있다. 합자 또는 합작의 경우 국내투자자의 비율을 높게 하여 자국인들에 의한 통제가 이루어지도록하고 있다.

5. 小結

앞의 GATS위원회 보고서에 의하면, 각국은 보건의료기관의 상업적 주재

308) 보건복지부 건강증진국 구강보건과, 중국출장보고서, 2002.11, p. 1.

에 대해서는 비우호적이었다. 보건의료는 공공의 성격이 강하기 때문에 각국이 쉽게 상업적 주제를 허용하지 않을 수 있다. 하지만 보건의료시장의 개방화는 이미 시작되었고, 국가에 따라서는 전면개방을 허용한 국가도 있지만 개방이 미미한 국가도 있다. 앞으로 보건의료시장접근이 용이하기 위해서는 각국의 상업적 주제에 따른 의료기관의 설립요건을 완화하는 방향으로 협상이 진행되어야 할 것이다. 미국의 경우는 1980년대부터 경쟁 속에서 많은 변화를 경험해왔다. 1990년대 들어서 비영리의료기관의 영리병원분야에 진출해 오고 있다. 이러한 추세는 의료시장개방에 대비하여 보건의료서비스의 비영리법인화 규정을 영리법인화도 허용하는 것을 검토해보아야 할 것이다. 이에 따라 투자요건에 관한 절차의 경직성과 자본투자에 따른 과실송금의 제한은 보건의료서비스의 시장접근을 제한하는 것이 될 수 있다. 따라서 OECD의 다자간투자협정에 따라 각 체약국은 타 체약국의 투자자의 투자와 관련된 모든 지급이 자국영역내외로 지체없이 보장되어야 할 것이다.

第4章 保健醫療 서비스의 國內法的 問題

第1節 概要

이 장에서는 현행 의료법에 규정되어 있는 우리나라의 실정법을 중심으로 보건의료서비스의 국내법적인 문제에 대해 논의하고자 한다. 보건의료서비스 분야의 국내규제는 의료면허에 관한 사항, 개업이나 병원설립에 관한 사항, 의료보험법상의 의료기관에 대한 규제, 외국인에 대한 규제, 원격의료에 관한 사항 등으로 나누어 볼 수 있다.³⁰⁹⁾ 의료서비스는 의료인이나 준의료인에 의해 제공되는 서비스이다. 의료법상 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 免許를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.³¹⁰⁾ 의료법상 의료인은 그 종별³¹¹⁾에 따라 그 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활의 확보에 기여함을 사명으로 한다.³¹²⁾ 이하에서는 국내의료법상 나타난 보건의료서비스의 문제 가운데 특히 다음과 같은 내용을 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

첫째, 우리나라 의료법에는 內國人은 물론 外國人에 대해서도 의료행위를

309) op. cit., 64, p. 97-105.

310) 의료법, 제2조 1항.

311) 1. 의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.

2. 치과의사는 치과치료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.

3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.

4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도에 종사함을 任務로 한다.

5. 간호사는 상병자 또는 해산부의 료양상의 간호 또는 진료의 보조 및 大統領令이 정하는 保健活動에 從事함을 任務로 한다.

312) 의료법, 제2조 2항.

하기 위해서는 우리나라에서 의료인 자격을 취득하도록 하고 있다. 이러한 규정은 외국인이 자국의 의료인 면허를 소지하고 있는데도 우리나라 말로 된 시험을 치러야 하는 문제가 발생한다. 이는 DDA 의료서비스 양허협상에서 일정한 학력수준과 의료의 질이 대등하다고 할 때, 당사국간의 의료인의 자격을 허용할 것인가 하는 문제가 된다. 또한 아시아 국가들간 의료인 자격에 대해서는 한의학 관련 외국 의료인의 자격인정문제도 논의되어야 한다.

둘째, 현행 “외국인 투자촉진법”에 따르면 외국 投資者들이 직접 우리나라에 진출해서 영업을 할 수 있도록 허용하고 있다.³¹³⁾ 그러나 의료법상으로는 營利를 목적으로 하는 의료기관 설립을 허용하지 않고, 非營利法人 형태로 허용하고 있다. 이렇게 의료법상의 규제는 외국의 투자자가 의료기관을 설립 하는데 장애가 될 수 있다. 따라서 영리법인의 의료기관 설립을 허용할 것인가 하는 문제가 대두된다.

셋째, 외국의 의료인이나 의료기관이 인터넷과 같은 통신수단을 통해서 우리나라 환자를 원격진료 할 수 있도록 허용할 것인가에 대해서도 논의가 되어야 할 문제이다. 여기서 문제가 되는 것은 외국의 의료인이 통신수단을 통해서 내국인을 검진하고 처방전을 발행한다면 이는 국내 의료법상 무면허 의료행위에 해당하게 된다. 이 경우 무면허행위에 대한 처벌은 가능한 것인가? 또한 원격의료를 통한 의료과오의 법적책임문제에 대해서도 검토되어야 한다.

넷째, 국내의 의료소비자가 외국에서 진료를 받고자 할 때의 문제이다. 현행 법규상으로는 환자의 해외진료에 대한 제한이 없다. 하지만 의료소비

313) 즉 동법의 제3조(외국인투자의 보호등)에서 ① 외국투자자가 취득한 주식등으로부터 생기는 과실, 주식 등의 매각대금, 제2조 제1항 제4호 나목의 규정에 의한 차관계약에 의하여 지급되는 원리금 및 수수료와 기술도입계약에 의하여 지급되는 대가는 송금당시 외국인투자·기술도입계약의 허가내용 또는 신고내용에 따라 그 대외송금이 보장된다. ② 외국투자자와 외국인투자기업은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 영업에 관하여 대한민국국민 또는 대한민국법인과 동일한 대우를 받는다. ③ 대한민국국민 또는 대한민국법인에게 적용되는 조세에 관한 법률중 감면에 관한 규정은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 외국투자자, 외국인투자기업, 第2條 第1項 第4號 나목의 규정에 의한 차관의 대주 및 제25조의 규정에 의하여 技術을 제공한 者에 대하여 동일하게 적용된다.

자가 해외로 이동하는 과정에서 의료법상으로 금지하고 있는 문제와 국민 건강보험법상 급여지급의 해외 적용의 문제 등에 대해서 검토하고자 한다.

第2節 保健醫療서비스의 國境間 供給 問題

1. 遠隔醫療에 대한 國內法的 檢討

원격의료 서비스는 의료시장에서 국내외적으로 많은 관심을 가지고 시도하고 있는 분야이다. 이러한 변화에 편승하여 우리나라 의료법도 2002년 3월에 관련조항을 신설하거나 보완하였다. 개정된 醫療法(2002년 3월)상에서 원격의료에 관한 조항은 제18조(診斷書), 제18조의 2(處方箋의 작성 및 교부), 제21조의 2(電子醫務記錄), 그리고 제30조의 2(원격의료) 등이다. 이 규정들의 내용을 중심으로 원격의료서비스에 대하여 논하고자 한다.

가. 國內法上 遠隔醫療 規定

원격의료에 관한 醫療法 제30조의2는 다음과 같이 네 개 조항으로 이루어져 있다.

i) 의료인(의료업에 종사하는 의사, 치과의사 또는 한의사에 한한다)은 제30조 1항 본문의 규정에 불구하고 컴퓨터, 화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 원격지의 의료인에 대하여 의료지식 또는 기술을 지원하는 원격의료(이하 “원격의료”라 한다)를 행할 수 있다(1항). ii) 원격医료를 행하거나 이를 받고자 하는 자는 보건복지부령으로 정하는 시설 및 장비를 갖추

어야 한다(2항). iii) 원격의료를 시행하는 자(이하 “원격지의사”라 한다)는 환자에 대하여 직접 대면하여 진료하는 경우와 동일한 책임을 진다(3항). iv) 원격지의사의 원격의료에 따라 의료행위를 한 의료인이 의사, 치과의사 또는 한의사(이하 “현지의사”라 한다)인 경우에는 당해 의료행위에 대하여 원격지의사의 과실을 인정할 만한 명백한 근거가 없는 한 환자에 대한 책임은 제3항의 규정에 불구하고 현지의사에게 있는 것으로 본다(4항).

의료법 제30조2의 1항은 원격의료의 개념 및 범위를 간접적으로 정의하고 있다. 이는 현재 이루어지고 있는 원격의료서비스 중 극히 일부분만 반영한 것으로 입법취지에서 말하고 있는 정보통신 발전에 따른 보건의료 환경에 적용하는데 제한이 되고 있다.³¹⁴⁾ 오늘날의 원격의료는 i) 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 이용하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태, ii) 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료 보조 인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태, iii) 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, iv) 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태 등으로 요약할 수 있다. 여기에 정보통신망을 이용한 검진과 더불어 환자의 검체도 국경간 이동을 함으로써 遠隔醫療의 범주에 포함될 수 있다.

개정의료법 제30조2의 1항은 “醫療人(의료업에 종사하는 의사, 치과의사 또는 한의사에 한한다.)은 제30조 1항³¹⁵⁾의 규정에도 불구하고 컴퓨터, 화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 원격지의 의료인에 대하여 의료지식 또는 기술을 지원하는 원격의료(이하 “원격의료”라 한다)를 행할 수 있다.”로

314) 왕상한(주119), 전개서, p. 18.

315) 第30條 (開設) ① 醫療人은 이 法에 의한 醫療機關을 開設하지 아니하고는 醫療業을 行할 수 없으며, 다음 各號의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 당해 醫療機關내에서 醫療業을 行하여야 한다.<개정 2000.1.12>

1. 應急醫療에 관한 法律 第2條第1號의 規定에 의한 應急患者를 診療하는 경우
2. 患者 또는 그 保護者의 요청에 따라 診療하는 경우
3. 國家 또는 地方自治團體의 長이 공익상 필요하다고 인정하여 요청하는 경우
4. 保健福祉部令이 정하는 바에 의하여 家庭看護를 실시하는 경우
5. 기타 이 法 또는 다른 法令에서 특별히 정한 경우나 患者가 있는 현장에서 診療를 行하여야 하는 부득이한 사유가 있는 경우

규정함으로써 원격처방, 원격상담, 원격수술 등을 배제하고 있다.

동조의 2항에서 “원격의료를 행하거나 이를 받고자 하는 자는 보건복지부령³¹⁶⁾으로 정하는 시설 및 장비를 갖추어야 한다.”고 규정하고 있는데, 동 조항이 의사, 치과의사, 한의사로 제한하여 규정한 의료인과 의료인 사이에 이루어지는 “의료지식 또는 기술”을 지원하는 행위만 원격의료라고 한다면, 정부가 관련시설 및 장비에 대해 규정할 이유가 없다.³¹⁷⁾ 그것은 의료법 제30조의2 3항과 4항에서 환자에 대한 의료인의 책임소재를 분명히 하고 있는 이상 관련시설 및 장비에 대해 이를 규정할 이유가 없다고 하겠다.

개정의료법 제30조의2 3항과 4항은 1항에서 규정한 원격의료의 범위와 배치되고 있다. 즉 동조 1항에서 원격지 의료인과 현지 의료인간의 의료지식 또는 기술을 지원하는 내용만을 원격의료로 정의하고 있다. 이 조항에 따를 때, 원격지 의료인이 현지 의료인을 배제한 채 현지 환자를 직접 대면하는 경우는 동법이 규정하는 ‘원격의료’에 해당될 수 없다. 그럼에도 불구하고 원격지 의사가 환자에 대해 직접 대면하여 진료하는 경우와 동일한 책임을 지도록 한 동조 3항의 규정은 일관성과 타당성을 결한 입법이라 할 수 있고, 4항 또한 나름대로 원격지 의사와 현지 의사간의 의료행위에 대한 責任所在를 분명히 하려고 노력한 흔적은 보이나, 동 조항 내용 중 “원격지 의사의 원격의료에 ‘따라’ 의료행위를 한 의료인...”에서 ‘따라’의 의미와 관련하여 해석상 논란 이야기될 수 있고, 또 간호사 등 동 조항이 규정하는 의료인 아닌 자가 원격지의사의 원격의료에 따라 의료행위를 하였을 경우는 동 조항이 적용될 수 없어 합리성을 결하였다고 할 수 있다.

개정의료법은 전자처방전, 전자의무기록, 원격의료 등에 대한 규정을 개정 또는 신설하였으나 이상에서 본 바와 같이 그 자체로서는 현실 의료체

316) 의료법시행규칙 제23조의3 (원격의료의 시설 및 장비) 법 제30조의2제2항의 규정에 따라 원격의료를 행하거나 이를 받고자 하는 자가 갖추어야 할 시설 및 장비는 다음 각 호와 같다.

1. 원격진료실
2. 데이터 및 화상(畫像)을 전송·수신할 수 있는 단말기, 서버, 정보통신망 등의 장비

317) 왕상한(주119), 전계논문, p. 19.

계를 반영하는데 미흡하다고 할 수 있다. 더욱이 오늘날 원격의료 서비스가 국경을 초월하여 급속히 발전하고 있는 현실을 감안할 때 관련 조항에 대한 개정을 검토해야 할 것이다.

첫째, 국내에 거주하는 환자가 외국에서 거주하는 의사로부터 정보통신기술 등을 이용하여 원격의료 서비스를 받았을 경우, 외국 의사의 원격의료를 국내법상 의료인 아닌 자의 의료행위로 보아 이를 금지하고 처벌할 수 있는지 여부이다.

둘째, 의사와 의사 아닌 자가 원격의료에 대한 투자를 합의하고 그 수익금 회수에 대한 계약을 체결했을 때, 이에 대해 의료기관을 비영리단체로 법제화하고 있는 현행법을 위반한 것으로 단정할 수 있는가 이다. 국내에 있는 환자에 대해 우리 법률상 아무런 자격을 갖지 못하고 있는 외국의 의료인이 국내에 별도의 의료기관을 설립하지 않고 정보통신기술을 이용하여 의료행위를 하는 것을 어떻게 규율할 것인지 우리 법은 아무런 법적 근거를 마련하고 있지 않다. 원격의료를 개정의료법에서와 같이 정의할 경우 그에 해당하지 않는 원격의료는 원격의료가 아니며 따라서 이 부분에 대한 의료인 아닌 자의 투자를 법으로 막을 길 또한 없다.

나. 電子 處方箋

전자처방전 부분은 2002년 3월 개정된 의료법 제18조에 규정하고 있다. 즉, 의료법 제18조 진단서등에서는 의료업에 從事하고 自身이 診察 또는 檢案한 醫師·齒科醫師 또는 韓醫師가 아니면 診斷書·검안서·증명서 또는 처방전[의사 또는 치과의사가 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서의 형태로 작성한 처방전(이하 “전자처방전”이라 한다)을 포함한다]을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다. 다만, 진료 중이던 환자가 최종 진료시부터 48시간 이내에 死亡한 경우에는 다시 진료하지 아니하더라도 진단서 또는 증명서를 교부할 수 있으며, 환자를 직접 진찰 또는 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 부득이한 사유로 진단서·검

안서 또는 증명서를 교부할 수 없을 때에는 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사·치과의사 또는 한의사가 환자의 진료기록부등에 의하여 이를 교부할 수 있다.³¹⁸⁾

제18조 2항에서는 의료업에 종사하고 자신이 조산한 의사·한의사 또는 조산사가 아니면 출생·사망 또는 사산의 증명서를 교부하지 못한다. 다만, 직접 助産한 의사·한의사 또는 조산사가 부득이한 사유로 證明書を 교부할 수 없을 때에는 같은 醫療機關에 종사하는 다른 의사·한의사 또는 조산사가 診療記錄簿등에 의하여 證明書を 교부할 수 있다고 규정하고 있다.

第18條의2 處方箋의 작성 및 교부에서 1항에 의사 또는 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하는 때에는 약사법에 의하여 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우를 제외하고는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 처방전을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하여야 한다고 규정하고 있고, 2항에서는 1항의 규정에 의한 처방전의 서식·기재사항·보존 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하고, 3항에서는 “누구든지 정당한 사유없이 전자처방전에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하여서는 아니된다”고 신설하였다.

개정의료법 제18조 제1항 및 제18조의2 1항 등은 인터넷 정보통신 기술의 발달로 의료계의 그 활용이 높아짐에 따라, 원격지 의사, 치과의사가 전자서명이 기재된 전자문서의 형태로 작성한 전자처방전이 법적 하자가 없음을 분명히 함으로써 의사, 치과의사 및 환자의 편익 모두를 도모한 것으로 생각된다. 다만 제18조의2 3항은 전자처방전의 작성 및 전달과정에서 있을 수 있는 개인정보 침해를 금지하고자 하는 것이 그 입법 목적이나, 개인정보 침해 우려는 비단 전자처방전에만 국한된 것이 아니라는 점을 동 조항은 간과하였고, 또 관련 사안은 형법 등 관련법에서 충분히 규정하고 있으므로 동 조항을 신설한 것은 타당한 입법으로 볼 수 없다.

318) 의료법 제18조 제1항.

다. 電子醫務記錄

전자의무기록은 신설된 제21조의2에서 규정하고 있다. 제1항 의료인 또는 의료기관의 개설자는 제21조의 규정에 불구하고 진료기록부 등을 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서(이하 “전자의무기록”이라 한다)로 작성, 보관할 수 있다. 제2항 의료인 또는 의료기관의 개설자는 보건복지부령이 정하는 바에 따라 전자의무기록을 안전하게 관리, 보존하는 데 필요한 시설 및 장비를 갖추어야 한다. 제3항 누구든지 정당한 사유 없이 전자의무기록에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출, 변조 또는 훼손하여서는 아니 된다 등이 그 내용이다.

기존 의료법 제21조가 의료기관 개설자에 대해 요구하고 있는 진료기록부 등 비치, 의료행위에 관한 기록 및 서명의무 등으로 그 부담이 가중되고 있는 의료기관 개설자의 공간비용 지출문제를 고려할 때 개정의료법이 신설한 제21조의2는 타당한 입법임에 틀림없다. 다만, 동조 2항은 동법 제21조의 경우에서와 마찬가지로 전자의무기록 관리, 보존 등에 관한 관련 시설 및 장비를 보건복지부령이 정하는 바에 따르도록 하고 있으나, 진료기록부 비치, 의료행위 기록 및 서명을 법적 의무로 규정하는 것은 의료행위의 책임관계를 명확히 하고 난 후에 야기될 수 있는 법적문제를 대비하는 측면에서 타당하다고 본다.

2. 遠隔醫療에서 法的 問題

가. 醫療過誤

의료과오란 의사가 환자를 진료하면서 당연히 기울여야 할 업무상 요구되는 주의의무를 게을리 하여 사망, 상해, 치료지연 등 환자의 생명·신체의

완전성을 침해한 결과를 일으키게 한 경우로서 의사의 주의의무 위반에 대한 비난가능성을 말한다. 의료과오를 의사의 고의·과실에 기인한 의료행위라고 하지만, 이 중 고의에 의한 의료행위는 의료행위라 할 수 없다. 왜냐하면 관례상 의료행위란 “의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것”³¹⁹⁾이라고 정의하고 있다. 고의에 의한 행위는 살인이나 상해 또는 그 미수죄인 범죄행위이지 의료행위로 분류할 수 없다. 고의에 의한 의료행위는 그것이 의사가 범하든 일반인이 범하든 일반불법행위에 의하여 해결하면 될 것이다.³²⁰⁾ 여기서는 고의에 의한 의료행위라는 표현은 사용하지 않는다.

(1) 醫療人的 過誤

醫療過誤責任의 법적 구성은 환자(또는 그의 가족)가 의사 또는 병원 등의 의료기관과 의료행위를 부탁하는 委任契約의 일종인 醫療契約를 맺게 된다. 이 의료계약에 의하여 의사나 병원은 의료를 하여야 할 채무를 지게 되며, 그 채무의 위반으로 환자에게 손해를 준 때에는 債務不履行, 이른바 不完全履行에 의한 손해배상의무를 지게 된다. 한편, 의료상의 과실로 환자에게 손해를 주었다는 점에서 不法行爲에 의한 손해배상의무도 지게 된다.

이처럼 醫療過誤에 대한 責任의 법적 구성으로는 債務不履行을 이유로 한 손해배상과 不法行爲를 이유로 한 손해배상의 둘을 들 수 있다. 그런데, 실제로는 후자에 의한 청구가 일반적이다. 그것은 다음의 두 가지 이유 때문이다. 첫째, 불법행위에 있어서는 慰藉料의 배상에 관한 명문의 규정이 있기 때문에, 명문의 규정이 없는 채무불이행에 비해 위자료청구가 확실히 인용될 수 있는 불법행위 쪽으로 청구를 하게 된다. 둘째, 過失의 입증책임에 관해서 양자간에 별 차이가 없다는 점이다. 즉 채무불이행을 이유로 하는 경우에도 채무의 불이행이라는 사실은 환자측에서 입증을 하여야 하는

319) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결.

320) 신현호(주202), 전게서, pp. 33-35.

데, “의사가 환자에게 부담하는 診療債務는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 結果債務가 아니라, 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의 의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 手段債務”이므로, 따라서 그러한 手段債務를 제대로 이행하지 않았다는 사실을 입증하여야 하고, 이것은 불법행위에 있어서 의사 쪽의 과실을 입증하는 것과 큰 차이가 없다는 점이다.³²¹⁾

(2) 醫療過誤責任의 要件³²²⁾

醫療過誤를 이유로 환자측에서 不法行爲에 의한 손해배상을 청구하려면, 의사의 과실로 피해가 발생하였다는 점, 즉 의사에게 과실이 있고, 또 그것이 원인이 되어 피해가 발생하였다는 두 가지 사실을 입증하여야 한다. 여기서 다음의 두 가지가 문제된다. 첫째는 의사의 진료상의 주의의무의 기준, 즉 過失의 기준 여하이고, 둘째는 의료행위의 특수성에 비추어 피해자가 져야 하는 立證責任의 정도 여하이다.

(가) 醫師의 注意義務

① 診療上の 注意義務

過失이란 일반적으로 사회통념상 요구되는 주의의무를 다하지 아니한 것을 말하는데, 사람의 생명 등을 취급하는 의료행위에 있어서는 주의의무의 고도성이 요구되는 것으로 이해되고 있다. 그런데 의사에게 부과된 의료상의 주의의무는 구체적인 경우에 있어서 매우 다양한 것이며, 의료행위 자체도 의학의 발전과 더불어 부단히 진보되는 것이므로, 주의의무의 기준도 시대성을 띠고 끊임없이 변화하게 된다. 그런데 일반적으로는 의료행위 당시의 평균적인 의료수준의 의사의 과실의 판정기준이 될 것이다. 다만, 다음과 같은 특수한 경우에는 주의의무를 완화시켜야 한다고 한다. 즉, i) 환자의 용태가 긴급한 치료를 필요로 하는 경우, ii) 인적·물적 설비가 불충분한 상태에서 의료행위를 하여야 할 사정이 있는 경우, iii) 비전문분야의

321) 김준호, 민법강의, 법문사, 2000, pp. 1239-1240.

322) 김준호, 상계서, pp. 1240-1242..

의료담당자가 의료행위를 하여야 할 사정이 있는 경우, iv) 환자가 특이체질인 경우 등이다.

② 醫師의 說明義務의 문제

(a) 의료과오 책임과 관련하여 ‘의사의 說明義務’가 논의되는데, 이것은 診療債務와 관련하여 어떠한 위치를 갖는 것인지 문제된다. 일반적으로 의료계약에 의하여 의사가 부담하는 채무의 내용과 범위는 불명확하고 또한 시시각각으로 변화하여 확정하기 어려운 특징을 갖는다. 여기서, “수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우”등과 같이 환자에게 자기 결정에 의한 선택이 요구되는 경우에 한해서는, 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 의사는 환자에게 그에 관한 사항을 설명하여 그 환자가 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무, 즉 설명의무를 지게 되는 것이다.³²³⁾

(b) 의사의 설명의무가 요구되는 경우에 있어서, 의사가 그 의무를 위반한 경우에는 그것은 환자의 自己決定權을 침해한 것이고, 이 때 피해자는 그 설명이 없었음을 입증하기만 하면 그것만으로 (자기결정권의 침해에 따른 정신적 고통에 대한)慰藉料를 청구할 수 있다. 그러나 발생한 모든 손해에 대해 설명 의무 위반을 이유로 하여 그 배상을 청구하는 경우에는, 그 때의 의사의 설명 의무 위반을 이유로 하여 그 배상을 청구하는 경우에는, 그 때의 의사의 설명 의무 위반은 환자의 생명·신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고, 따라서 그 손해와 설명의무 위반 사이에 인과관계가 있어야 한다. 다시 말해, 설명의무를 다하였다 하더라도 환자가 그 수술을 거부하였을 것으로 단정지을 수 없는 경우에는 그러한 인과관계는 성립하지 않는다.³²⁴⁾

323) 대판 1995. 1. 20[94다3421](법원공보 986호, p. 140.); 대판 1995. 2. 10[93다52402](법원공보 993호, p. 24).

324) 대판 1995. 1. 20[94다3421](법원공보 986호, p.140.); 대판 1995. 2. 10[93다52402](법원공보 988호, p.83.).

(나) 立證責任

의료행위의 특수성, 즉 의료의 전문성·밀실성·재량성·폐쇄성 등으로 인해 환자측에서 의사의 過失 및 因果關係를 엄밀히 입증한다는 것은 상당히 어려운 일에 속한다. 여기서 입증의 정도를 완화 내지 경감시킬 필요성이 요청되는데, 醫療過失의 입증책임을 완화하는 구체적인 過失과 因果關係를 추정하는 주목할 만한 판결로서 다음과 같은 것이 있다.

일반적으로 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인의 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이고 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려있기 때문에, 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서의 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 기재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.³²⁵⁾

(3) 醫療裝備의 瑕疵로 인한 醫療過誤

製造物責任(Product Liability)이라 함은 결함 있는 제품으로 인해 소비자나 이용자 또는 기타의 자가 인적·재산적 손해를 입은 경우에 그 製造者가 발생한 손해에 대해 책임을 지는 것을 말한다. 이러한 책임을 製造者責任(Manufacture's Liability)이라고도 한다. 즉 “부당하게 위험한 결함상태”(defective condition unreasonably dangerous)에 있는 製造物로 인해 사용자나 소비자에게 손해를 준 경우에는, 비록 그 제조자가 그 제품의 준비

325) 대판 1995. 12. 5[94다57701]: 판례공보 제2호, p. 188.

과정과 매매과정에서 가능한 모든 주의를 다 하였다고 하더라도, 또 피해자가 제조자와 계약관계에 있지 않더라도, 제조자는 그 손해에 대하여 책임을 진다는 것이 그 취지이다. 아래에서는 2002년 7월부터 발효된 우리나라의 제조물책임법을 중심으로 의료장비의 하자로 인한 의료과실에 대해 검토하고자 한다.³²⁶⁾

(가) 요건

製造物責任은 동법 제3조 1항에서 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 製造物에 대해서만 발생한 損害를 제외한다)를 입은 者에게 그 손해를 배상하여야 한다³²⁷⁾고 규정하고 있고, 2항은 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 때에는 1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있다. 동법 제2조에서는 “제조업자”란 제조물의 제조·가공 또는 수입을 영업으로 하는 자를 말하고(동조 3호), “제조물”이라 함은 다른 動産이나 不動産의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다(동조 1호)고 정의하고 있다. 제조물의 “결함”이라 함은 당해 제조물에 다음 각목의 1에 해당하는 製造·設計 또는 표시상의 결함이나 기타 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 缺如되어 있는 것으로서, 여기서 말하고 있는 “製造상의 결함”이라 함은 제조업자의 제조물에 대한 제조·가공상의 주의의무의 이행여부에 불구하고 제조물이 원래 의도한 설계와 다르게 제조·가공됨으로써 안전하지 못한 “설계상의 결함”, “표시상의 결함”을 말한다(동조 2호)고 정의하고 있다.

이에 따라 제조물 하자로 인해 발생한 손해에 대해 배상책임을 지는 것이며, 따라서 제조물의 결함에 의한 손해배상책임에 관하여 이 법에 규정된

326) 김준호, 민법강의, 법문사, 2001, pp. 1539-1540.

327) 제조물책임법 제3조.

것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다(同法)

(나) 책임의 성질

상기요건을 충족할 때, 제조업자는 제조물의 하자로 인해 발생한 확대손해에 대해 배상책임을 진다. 즉 제조물에 하자가 있는 것으로 객관적으로 인정이 되면 되고 그 하자에 대해 제조업자의 과실이 있는지는 묻지 않는 무과실책임이다.

(다) 제조업자의 免責事由

제조업자는 제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 다음各號의 1에 해당하는 사실, 즉 1) 제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 사실, 2) 제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실, 3) 제조물의 결함이 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 法습이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실, 4) 원재료 또는 부품의 경우에는 당해 원재료 또는 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실을 입증한 경우에는 이 法에 의한 손해배상책임을 면한다³²⁸⁾고 규정하고 있다.

제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 損害의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 때에는 1항 2호 내지 4호의 규정에 의한 면책을 주장할 수 없다.³²⁹⁾

(라) 連帶責任

동일한 손해에 대하여 배상할 책임이 있는 자가 2인 이상인 경우에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(동법 제5조).

여기서 의료장비의 하자로 인한 의료사고가 발생한다면, 이 법에 따라 그 손해의 배상을 받을 수 있을 것이다. 따라서 의료장비의 결함으로 인해 의료사고가 발생하였고 그로 인해 환자에게 손해가 발생하였다면 일차적으로

328) 제조물책임법 제4조 1항.

329) 제조물책임법 제4조 2항.

병원이 손해의 배상(의료장비에 대한 점검의무 위반)을 하고, 병원은 그에 대한 구상권을 제조사측에 대해 행사할 수 있을 것이다. 경우에 따라서는 양자가 연대하여 그 배상책임을 져야할 수도 있을 것이다.

(4) 통신상의 문제

통신설비의 하자로 인해 의료사고가 발생했다면 그에 대한 유지·보수에 책임을 다하지 못한 통신회사의 과실이 입증될 경우에 그 회사가 손해배상을 해야 할 것이다. 원격의료행위 중에 통신설비의 문제가 발생했다면, 환자의 생명과 건강에 대한 큰 위협이 될 수 있을 것이다. 이 때 환자와 병원 간, 병원과 통신사업자간, 환자와 국가간, 환자와 통신사업자간에 배상책임을 두고 소송이 제기될 것이다.

만약 통신상의 瑕疵가 통신회사의 과실이 없는 경우에는 책임귀속의 주체가 문제가 된다. 컴퓨터자체에 대한 시스템오류이거나, 통신망에 관련된 위험은 계약과 관계없이 발생할 가능성이 있다. 이때, 단순히 불법행위책임이나 채무불이행책임을 물을 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우는 앞에서 논의한 위험책임과 관련하여 검토되어야 할 문제이다.

나. 遠隔醫療人的 資格

원격의료인에 대해서는 醫療法 제30조의2에 개정의료법으로 신설되었는데, 1항에서 “의료인(의료업에 종사하는 醫師, 齒科醫師 또는 韓醫師에 한한다)은 제30조 1항 본문의 규정에 불구하고 컴퓨터, 화상통신 등 정보통신 기술을 활용하여 원격지의 의료인에 대하여 의료지식 또는 기술을 지원하는 원격의료(이하 “遠隔醫療”라 한다)를 행할 수 있다”라고 규정하고 있다. 동 조항에 따르면, 의사나 치과의사, 한의사이면 원격의료행위를 할 수 있는 것으로 해석된다. 여기서 문제가 되는 것은 의사나 치과의사, 한의사라고 해서 원격의료행위를 할 수 있게 한다는 것은 원격의료행위의 안정성이나 질관리 및 현실적인 상황에서 문제가 있다. 의료인 중에서도 원격의료행

위에 필요한 요건과 자격을 갖춘 자에게 원격의료인의 면허를 부여하는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 원격의료인이 현지의 의료보조 인력을 이용할 때, 현지의 의료보조 인력의 도움을 받아 행하는 경우에도 원격의료라고 할 수 있는가이다.

이렇게 볼 때, 외국의 경우에도 점차적으로 원격의료인 제도를 도입하고 있는 바와 같이 원격의료 면허를 제도화하여 원격의료인 면허를 갖춘 자만이 원격의료를 시행할 수 있도록 해야 할 것이다. 의료행위의 성격상 의사만이 그 모두를 할 수 있는 것이 아니므로 의료행위를 보조하는 간호사나 다른 보조인력에 대해서도 원격의료에 참여하게 하여야 할 것이다. 이 또한 원격의료에 대한 소정의 교육을 이수하고 자격을 인정받은 자만이 행할 수 있게 할 것이다.

다. 遠隔醫療에서 患者情報保護

의료법의 신설조항 제21조 3항에서는 “누구든지 정당한 사유없이 전자의 무기록에 저장된 개인 정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 개인정보보호를 위해 금지하는 행위유형에는 개인정보의 탐지행위, 누출행위, 변조행위 또는 훼손하는 행위가 있으며, 이러한 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다는 처벌규정을 두고 있다. 즉 의료법에서는 사생활의 침해유형으로 전자의무기록에 저장된 개인정보의 탐지행위, 누출·변조행위 또는 훼손행위 등을 예시하여 금지하고 있다.³³⁰⁾

330) 정보화 사회에서의 프라이버시 침해의 유형을 ① 이용목적 이외의 위험성, ② 비밀수집의 위험성 ③ 특정인에 대한 오인의 위험성, ④ 악의에 의한 이용의 위험성으로 구분하고 있다. 안영도, “정보화 사회에서의 사생활의 비밀보호”, 인권과 정의, 1992.9, p. 23, 미국의 Prosser 교수는 프라이버시 침해의 유형을 ① Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, ② Public disclosure of private facts, ③ Publicity which places plaintiff in a false light in the public eye, ④ Appropriation of plaintiff's name or likeness로 나누고 있다. 이동열, 앞의 논문, p. 587 ; 개인정보 침해의 유형을 ① 개인정보의 불법한 수집, ② 개인정보의 불법처리 ③ 개인정보의 불법이용 ④ 부정확한 정보의 유통으로 구분하는 견해도 있다. 정영민, 앞의 논문, pp. 10-11; 사생활비밀의 침해유형으로 ① 사사(私事)의 공개, ② 오해를 낳게 하는 공개, ③ 성명, 초상, 경력

신설된 의료법 제21조의2 2항에서는 “의료인 또는 의료기관의 개설자는 보건복지부령이 정하는 바에 따라 전자의무기록을 안전하게 관리·보존하는데 필요한 시설 및 장비를 갖추어야 한다”고 규정하고 있다.³³¹⁾ 개정 의료법 제21조의2 2항에는 전자의무기록을 안전하게 관리·보존하는데 필요한 시설 및 장비에 관한 구체적인 사항은 보건복지부령으로 정한다고 규정하고 있을 뿐이며, 시행규칙이 아직 입법되지 않았다.³³²⁾ 시행규칙을 마련하는데 있어서 보안유지와 관련된 규정을 두고 있는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 많은 시사점을 줄 뿐 아니라 전자의무기록의 안전성을 확보하기 위해서는 시설기준과 장비기준에 관한 세부적인 지침을 참조할 수 있는 선행입법례로서 의의를 가진다. 예를 들어 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제9조는 “공공기관의 장은 개인정보를 처리함에 있어서 개인정보가 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 조치를 강구하여야 한다.”고 규정하고 있고, 시행령 제10조에서는 “보유기관의 장은 동법 제9조의 규정에 의한 개인정보의 안전성 등을 확보하

등 인격권과 불가분의 관계에 있는 사사(私事)의 영리적 이용 등으로 나누어 볼 수 있다는 견해가 있다. 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1.2호, 1999.2, p. 29.

331) 미국의 캘리포니아주의 의료안전법 제123149조(g)에 의하면, 전자적 기록시스템을 이용할 것을 선택하고 있는 보건의료제공자는 누구든지 전자적으로 저장된 환자의 건강기록에 대한 기밀유지와 불법접근에 대한 전자서명기에 의한 인증 그리고 시스템 유지를 위한 보호수단을 갖추는 정책과 절차를 개발해 실행하여야 한다. 또한 의료안전법 제123149조(b)에 의하면 환자의 기록을 저장하기 위해 어떠한 전자기록 저장물 사용하든지 적어도 하드디스크 자장기록의 범위까지 기록의 안정성과 무결성을 확인하여야 한다. (a) 항에서 설명된 모든 제공자들은 네트워크에 연결되지 않은 백업저장시스템을 사용하여 환자의 기록을 저장하는데 사용할 모든 전자매체와 서명기록을 저장할 수 있는 이미지 장치와 한번 기록이 입력되면 수정할 수 없다는 것을 확인하는 장치의 안전성과 무결성을 확인하여야 한다.

332) 외국의 경우 구체적인 시행세칙을 두는 예가 많은데 그 예로 미국의 유타주의 행정규칙 (Administrative Rules) R432-100-33의 제2조에 의하면 의무기록부서는 안전한 저장, 제한된 접근, 신속한 검색, 그리고 의무기록을 검사할 장비와 기구를 갖추어야 한다. 그리고 환자의 진료기록을 위해 컴퓨터단말기가 사용된다면, 병원은 접근 및 인식코드, 보안, 정보보유를 관리할 정책을 만들어야 한다. 1994년 영국의학협회(British Medical Association)에서는 환자의 사생활과 기밀유지에 관한 법령안을 통과시켰으며, 이와 함께 전송되는 모든 임상 데이터는 암호화하도록 규정하고 있다. 일선병원과 지역사회 및 개인병원에서 모든 종사들이 데이터보호와 병원전사시스템 보안규칙을 숙지하고 일반적으로 사용되는 단말기를 통해서 어떠한 경우에도 보안망에 침투할 수 없도록 하고 있다.

기 위하여 입출력자료·전산기기·전산실 등의 관리에 관하여 행정자치부령이 정하는 바에 따라 필요한 조치를 취하여야 한다.”는 규정을 두고 있다.³³³⁾

라. 국내법상의 재판관할권 및 준거법

(1) 개요

2001년 3월 8일 개정된 국제사법의 주요내용을 간단히 살펴보면, 먼저 법의 명칭을 국제적으로 널리 통용되고 있는 국제사법(private international law)으로 변경하고, 국제 재판관할에 관한 일반규정을 마련하고, 각종 법률관계에서 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 법률관계의 준거법으로 지정되도록 하는 한편 일정한 예외조항을 두었으며, 국제조약 등에서 사용하고 있는 常居所(habitual residence)의 개념을 도입하고, 아울러 사회경제적 약자인 소비자 및 근로자를 보호할 목적으로 준거법결정 및 재판관할에 관한 特則을 규정함으로써 국제사법적인 차원에서 이들에 대한 보호규정을 두었다.³³⁴⁾ 이러한涉外사법(이하 ‘신 國際私法’ 이라고 한다)의 개정이 전자거래를 염두에 둔 것은 아니나, 전자거래에 있어서의 재판관할과 준거법이 적용됨은 물론이다

333) 보안유지를 위한 방안으로 시행규칙 제5조는 “① 보유기관의 장은 개인정보가 기록된 서명 등의 입력자료가 유출되지 아니하도록 필요한 조치를 취하여야 한다. ② 보유기관의 장은 개인정보가 기록된 출력자료와 처리정보가 기록된 자기테이프 등 기록매체가 유출되지 아니하도록 필요한 조치를 취하고 활용이 종료된 출력자료는 즉시 폐기하여야 한다. ③ 보유기관의 장은 제 1항 및 제 2항의 규정에 의한 입출력자료에 대하여 당해 자료의 발생일자, 자료량, 사용목적, 주요내용 및 폐기일자 등을 개인정보의 처리부서별로 별지 제2호 서식에 의한 입출력자료관리대장에 기록, 관리하여야 한다. ④ 보유기관의 장은 출력일시, 면수 표시 및 출력장비의 고유번호 등이 당해 출력자료에 자동으로 기록되도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 전자서명법에도 안전성 확보와 관련되 규정을 두고 있으며, 전자서명법 제18조의 3에 의하면 공인인증기관은 인증업무에 관한 시설의 안전성 확보를 위하여 정보통신부령이 정하는 보호조치를 취하여야 하며, 또한 공인인증기관은 자신이 발급한 공인인증서가 유효한지의 여부를 누구든지 항상 확인할 수 있도록 하는 설비 등 인증업무에 관한 시설 및 장비를 안전하게 운영하여야 한다. 공인인증기관은 제 1항의 시설 및 장비의 안전운영 여부를 보호진흥원으로부터 정기적으로 점검받아야 한다.

334) 법무부, 국제화시대의涉外사법 개정방향(1999); 한국국제사법학회, “21세기국제사법-涉外사법 개정 법률 안의 검토”, 제8차 연차학술대회 자료집, 2000. 11.

(2) 재판관할권의 일반이론

국제재판관할을 정하는 기준에 관하여 아직 헤이그 신탁약초안과 같은 조약 등의 국제법에 의한 통일적 원칙이 마련되어 있다고 하기 어려우나,³³⁵⁾ 우리나라에서는 2001년 3월 8일 신 국제사법 제2조에서 명문으로 국제재판관할을 정하는 기준을 규정하였다.

학설은 국내 민사소송법상의 재판적에 관한규정을 그대로 국제적 재판관할에도 유추적용한다는 이른바 역추지설(또는 토지관할규정 유추설)³³⁶⁾과 당사자의 공평, 재판의 적정·신속이라는 관점에서 국제민사소송법의 기본이념인 조리에 따라 재판권을 배분하여야 한다는 조리설(또는관할배분설)³³⁷⁾ 등으로 나뉘어져 있었다.³³⁸⁾ 우리 대법원의 입장은, 민사소송법의 토지관할규정에 따라 우리나라에 재판적이 있으면 우리나라에 국제재판관할을 인정하나, 관할에 관한 민사소송법의 규정을 맹목적으로 따르자는 것은 아니다. 특별한 사정이 있으면 조리에 의한 예외를 인정하고, 종래 역추지설에서 결여된 국제적 배려를 보완함으로써 관할배분에 있어 합리적인 해결을 도모하고 있다고 파악될 수 있다.³³⁹⁾ 신 국제사법 제2조에서는 법원은 당사자

335) 전 세계적으로도 브뤼셀협약이나 루가노협약과 같이 일정한 지역에서 적용되는 조약을 제외하면, 다수국가를 구속하는 국제조약이나 일반적으로 승인된 국제사법상의 원칙이 확립되어 있지 않다. 1968년 9월 27일 체결되어 1973년 2월 1일 발효된 유럽연합국가의 국제재판관할의 결정과 다른 계약국에서 신고한 판결의 승인 및 집행에 관한 주요 유럽연합국가의 규범인 브뤼셀협약(유럽연합의 민사소송법이라고도 한다)과 1988년 9월 16일 체결되어 위 브뤼셀협약의 적용범위를 확대한 루가노협약에 있어 국제재판관할의 결정원칙에 대하여는 석광현, 전계학위논문 p. 47.

336) 즉 당해사건에 대하여 우리 민사소송법상의 재판적(주소, 불법행위지, 재산소재지 등)이 국내에 있을 때에는 국제관할도 생긴다는 것이다. 독일의 통설이라고 한다.; 이시윤, 신판민사소송법, 박영사, 1990, p. 62.

337) 우리나라와 일본의 多數說로 보인다. 이 견해에 의하면, 역 추지설은 각 나라가 독자적으로 자유롭게 정한 국내의 토지관할규정에 따라 국제관할권을 결정하게 되면 합리성과 타당성을 기대하기 어렵다고 한다(강현중, 민사소송법, 박영사, 1996, p. 48); 한편 역추지설 입장에서 관할배분설에 대하여 그 기준이 불명확하여 예측가능성이나 법적 안정성에 문제가 있다는 비판이 있다(이시윤, 전계서, p. 60).

338) 일본에서는 이외에 보다 다양한 절충설이 주장되고 있고 그밖에도 利益較量說이 있다고 한다. 이익교량설은 민사소송법의 토지관할규정을 전혀 무시하고 구체적인 사안에 있어서 당사자의 이익, 피고의 응소의 편의 및 사안의 성질, 내용 등을 비교, 교량해서 국제재판관할의 유무를 결정한다. 즉 이는 구체적 타당성을 중시하는 입장에서 사안을 구성하려는 사실적 체요소를 고려하여 개개의 사건별로 국제재판관할의 유무를 결정하려는 견해라고 설명되어진다. 석광현, 전계학위논문, p. 123.

또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 하고, 국내의 관할규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되 전항 규정의 취지에 비추어 국제 재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다고 규정하고 있다.³⁴⁰⁾ 현재 국내관할규정 중 특히 토지관할에 관한 규정 중에서 직접적인 국제 재판관할의 근거로서 유추 적용하기에 다소 문제가 있는 경우가 있으므로,³⁴¹⁾ 구체적으로 어떤 기준으로 정하여 질 것인지는 판례의 축적으로 형성되어질 것이다.

신 국제사법에서 위와 같은 국제재판관할기준을 규정하기 이전에는 일반적으로 피고의 주소지국(보통재판적)³⁴²⁾ 또는 의무이행지국(특별재판적)³⁴³⁾에 관할권이 認定된다고 보았고,³⁴⁴⁾ 계약을 전제로 하지 않는다면 당연히 不法行爲地도 이에 해당한다.³⁴⁵⁾ 그런데 의무이행지는 실체법이 특정

339) 대법원1995. 11. 21. 선고93 다39607 판결은 첫째, 섭외사건의 국제재판관할에 관하여 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 우리의 성문법규도 없다. 둘째, 따라서 섭외사건에 관한 법원의 국제재판관할유무는 결국 당사자 간의 공평, 재판의 공정, 재판의 적정, 신속이라는 기본이념에 따라 조리에 의하여 결정함이 상당하다. 셋째, 이 경우 민사소송법의 토지관할규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 위규정에 의한 재판적이 한국에 있을 때에는 한국법원에 국제재판관할이 있다고 봄이 상당하다. 넷째, 다만 위 셋째 단계에 따라 국제재판관할을 긍정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에는 한국법원은 국제재판관할이 없다. 한편 위 대법원판결에 대한 체계적이고 분석적인 비판으로, 석광현, 전계학위논문, pp. 134-146 참조, 그리고 가장 최근의 것으로는 대법원2000. 6. 9. 선고98 다35037 판결이 있다.

340) 한충수, “21세기 국제사법-섭외사법 개정법률 안의 검토”, 한국국제사법학회, 제8차 연차학술대회 자료집, 2000. 11.

341) 예를 들면, 아래에서 보는 바와 같이 재산권에 관한 소에 대하여 일반적으로 의무 이행지를 규정한 민사소송법 제6조 등이 대표적이다. 우리 대법원은 섭외사건에 있어서도 채무의 이행지가 채권자의 주소지가 한국임을 근거로 한국법원에 재판관할권을 인정하고 있다. 대법원1972. 4. 20. 선고71 다248 판결참조.

342) 민사소송법 제2조.

343) 따라서 전자거래에 있어 상품이 도착하지 않은 경우라면 매수인의 주소지국이 의무이행지이고, 대금을 지불하지 않고 있는 경우에 있어서는 대금지급 채무의 이행지인 매도인의 영업소 소재지국에 관할이 인정될 것이다.

344) 민사소송법 제6조 ‘재산권에 관한 소는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다.’ 마찬가지로 국제재판관할에 관한 명문의 규정이 없는 일본에서도 실무상 원칙적으로 국내토지관할에 관한 민사소송법의 규정에 의하여 일본 내의 지방재판소에 관할이 인정된다면 특단의 사정이 없는 한 일본에 국제재판관할권이 인정된다는 것이 어느 정도 확립되어 있다. 道垣内正人, “サイバースペースと國際私法-準據法及び國際裁判管轄問題”, *ジュリスト* No.1117 (1997. 8. 1), p. 66.

물의 인도 청구 이외의 채무에 대하여 지참채무의 원칙을 채택하고 있기 때문에 일반적으로 채권자인 원고의 주소지가 되고, 그렇다면 채권자인 원고는 자기의 주소지 법원에 소를 제기할 수 있게 되므로 이러한 규정에 대하여 피고의 주소지주의에 의하여 피고를 보호하고자 하는 보통재판적을 규정한 취지를 무력화 시킬 수 있다는 비판이 있다.³⁴⁵⁾

(3) 전자거래에서 재판관할

신 국제사법은 일반적인 원칙만을 규정하고 있을 뿐 관할의 기준에 대하여는 뒤에서 살펴보는 소비자계약(제27 조), 근로계약(제28 조) 등을 제외하고는 특별한 구체적인 기준을 정하지 않고 있다.

그리고, 민사소송법 제6조에서는 의무 이행지를 특별재판적의 하나로 보고 있는데, 섭외사건에 있어서도 적용된다는 입장에서는 계약의 체결과 이행이 모두 전자적 방법으로 이루어지는 경우 그 의무 이행지를 어디로 볼 것인가는 어려움이 있다.³⁴⁷⁾ 그런데 국가간 원격의료시에 발생하는 의료과오는 어느 국가의 법원에 제기하는가의 문제는 국제재판관할권문제로서 대체로 불법행위지의 법원에 있다고 보편된다.

(4) 관할합의의 문제

재판관할의 승인의 형식으로 민사소송법 제26조에 의하여 서면에 의하도록 요구되고 있는데, 컴퓨터 모니터의 화면에서 이루어지는 경우라고 하더라도 電子文書의 書面性이 인정되는 이상 서면요건의 충족에는 별 다른 문제는 없을 것이다.³⁴⁸⁾

345) 민사소송법 제16조(불법행위지의 특별 재판적) ① 불법행위에 관한 소는 그 행위지의 법원에 제기할 수 있다. ② 생략

346) 이시윤, 전제서, p. 100; 우지숙·민은주·석광현·권현영, 인터넷상 국가간 법적 관할권과 준거법 및 시행에 관한 연구, 정보통신정책연구원, 1999. 12, p. 63.

347) 석광현, “국제적인 전자거래와 분쟁해결-국제재판관할을 중심으로”, 인터넷법률창간호, 2000. 7, p. 83.

348) UNCITRAL 모델법상 서면성에 관한 규정은 Article 6. (1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a date message if the information

(5) 전자거래의 준거법

우리나라의 경우 국제거래에 있어 그것이 전통적 거래이든 인터넷을 통한 전자거래이든 준거법의 결정은 국내법인 섭외 사법 또는 신 국제사법에 의하여 규율된다.

국제사법 제32조 (불법행위) 제1항에서 “불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.”고 규정하여 불법행위지법주의를 채택하고 있다. 따라서 불법행위의 성립에 관한 모든 문제는 불법행위지법의 적용을 받는다. 또한 격지의 불법행위에 대해서는 모든 요건이 동일한 법역에서 생긴 경우는 불법행위지법의 결정에 관해서는 문제가 없지만, 복수의 법역에 해당할 때는 어느 곳을 불법행위지로 볼 것인가가 문제가 된다. 이에 대해서는 행동지설과 결과발생지설이 유력한 견해로서 주장되어 왔다. 그러나 오늘날 불법행위의 태양은 다양하고 불법행위제도의 기능도 일률적이지 않다. 이에 따라 불법행위지의 결정을 획일적으로 하는 것은 타당하지 않고, 과실책임의 원칙이 지배하는 개인간의 우발적인 일상의 불법행위에 대해서는 행동지설, 무과실책임의 원칙이 지배하는 기업에 의한 불법행위에 관해서는 결과발생지설에 의하여야 한다는 절충주의가 유력하게 주장되고 있다. 따라서 이러한 소비자 입장에서 볼 때, 사회적 경제적 약자인 소비자보호를 위해 결과발생지설이 사고를 당한 환자의 입장에서는 훨씬 유리하다 하겠다. 만약 사전에 준거법을 지정하지 않은 경우에는 가장 밀접한 관련지법 원칙에 따라 원격진료계약이 체결된 곳 즉 의료사고가 발생한 국가의 법이 준거법이 될 수 있다.

(가) 準據法合意의 效力

① 當事者自治의原則

관할합의에 있어서와 마찬가지로 電子去來에 있어서도 準據法 指定은 당사자가 任意로 정함이 원칙이다.

신국제사법 제25조(당사자자치)는 ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만 묵시적인 선택은 계약 조항 기타 모든 사

contained there in is accessible so as to be usable for subsequent reference.

정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다. ② 당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다. ③ 당사자는 합의에 의하여 이 조항 또는 제41조에 의한 準據法을 변경할 수 있다. 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약 방식의 유효성과 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니 한다. ④ 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우 관련된 국가의 강행규정의 적용은 배제되지 아니한다. ⑤ 준거법 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성에 관하여는 제29조의 규정을 준용 한다.³⁴⁹⁾

(나) 準據法合意가 없는 경우

신 국제사법 제26조(준거법 결정시의 객관적 連結)는 (a) 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 계약은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다. (b) 당사자가 계약에 따라 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 이행을 행하여야 하는 경우에는 그가 계약체결 당시 그의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정 된다. 다만, 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로서 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정 된다. 이는 양도계약의 경우에는 양도인의 이행, 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행, 위임·도급 계약 및 이와 유사한 용역 제공계약의 경우에는 용역의 이행의 경우에 해당한다.

마. 檢討

여기서의 문제는 외국의 의료인이나 의료기관이 인터넷과 같은 통신수단을 통해서 우리나라 환자를 원격진료 할 수 있도록 허용할 것인가에 대해서도 쟁점이 되는 문제이다. 이것은 외국의 의료인이 통신수단을 통해서

349) 장준혁, “21세기 국제사법-섭외사법 개정 법률안의 검토”, 한국국제사법학회, 제8차 연차학술대회 자료집.

내국인을 검진하고 처방을 발행한다면 이는 국내 의료법상 무면허 의료행위에 해당하게 된다. 이 경우 무면허행위에 대한 처벌은 가능한 것인가? 또한 원격의료를 통한 의료과오의 법적책임문제에 대해서도 법적인 검토가 되어야 한다. 현실적으로 이루어지고 있는 전자처방전의 발행이나 원격수술 등의 문제도 입법화를 검토해야 할 것이다. 또한 원격의료인의 자격에 대해서도 제도화를 통해서 공익성과 신뢰성을 확보해야 할 것이다.

第3節 醫療消費者的 海外移動에 대한 法的 問題

1. 意義 및 現況

보건의료서비스분야에서 국제무역상 경제적 의미가 큰 서비스공급방식은 해외에서의 보건의료서비스 소비, 즉 해외진료일 것이다. 1998년 WTO배경 자료에서 해외소비에 해당하는 공급유형을 (a) 경제적여유가 있는 개도국의 국민들이 높은 수준의 서비스를 공급받기 위해 선진국으로 이동하는 것, (b) 이국적인 치료법을 기대하거나 혹은 성형수술과 같이 의료보험이 적용되지 않는 서비스를 저렴한 가격에 제공받기를 원하는 선진국국민들의 개도국으로의 이동, (c) 적절한 시기에 필요한 서비스를 제공받기를 어려울 경우, 혹은 가격이나 품질에 있어서 경쟁력이 있는 쪽으로 개도국들 사이나 선진국들 사이에 국민들이 이동하는 것으로 구분하고 있다.³⁵⁰⁾

현행 법규상으로는 환자의 해외진료에 대한 제한이 없다. 개인이 해외 출국시 해외진료에 필요한 금액을 소지하여 진료를 받고 처방이나 처치를 받

350) WTO Council for Trade in Services, "Health And Social Services-Background Note", S/C/W/50(18 September 1998), para. 21.

는 데는 지장이 없다. 해외여행 중의 진료, 또는 해외진료를 위한 외국으로의 이동 등의 사례는 우리나라에서도 빠른 속도로 일어나고 있다. 이러한 사례의 단적인 예는 “국내선 최고급 치료위해 외국행 해외선 저렴한 진료 찾아 한국행”³⁵¹⁾의 기사에서 읽을 수 있다.

여기서 문제는 의료소비자가 해외로 이동하는 과정에서 의료법상으로 금지하고 있는 “영리를 목적으로 환자를 소개·알선하는 행위”에 의한 이동에 있다. 그리고 국민건강보험법상의 문제는 급여지급에 있어서 해외 적용이 되지 않는 점과 이 법에 의한 규제의 가중으로 인해 충분한 진료와 치료를 병행하지 못하는 문제가 있다. 다음에서는 이러한 문제를 중심으로 검토하고자 한다.

2. 國內 關聯法規의 問題

가. 醫療法上的 問題

현행 의료법은 영리를 목적으로 환자를 소개하거나 알선하는 행위를 구

351) 「미국 샌디에이고에 유학 중인 金모(27.여)씨는 방학을 맞아 한국을 찾았다. 치료를 위해 한국을 찾는 유학생, 교포, 외국인들이 늘고 있다. 반대로 국내에선 미국 등의 유명 병원을 찾아 원정가는 환자도 많다. 한국행은 우리의 진료수가(酬價, 의료행위의 가격)가 미국 등에 비해 싸기 때문이다. 반면 외국행은 국내 건강보험의 규제가 심해 의료 서비스의 질이 떨어지는 부분이 있는 탓이다. '값싸고 평준화된 진료'를 강요하는 건강보험 제도가 기형적인 '쌍방향 원정 의료'를 만들어낸 것이다. 이에 비해 경제적으로 여유 있는 계층에선 세계 최고의 의료서비스를 위해 선진국을 찾는 경우가 많다. 사업가 A씨(50)는 지난해 미국 뉴욕의 메모리얼 슬론 케터링 암센터에서 피부암 치료를 받았다. 병원비, 항공료 등으로 약 3억원을 썼지만 세계 최고의 서비스를 받은 데 만족하고 있다. 업계에서는 연간 5천~1만명의 국내 환자가 해외 진료를 받으며 1조원 이상을 쓰는 것으로 추정한다. 암 환자의 경우 1인당 최소 1억원을 쓴다고 한다. 해외로 나가는 이유는 국내에선 항암제를 맘대로 쓸 수 없는 등 규제가 심하기 때문이다. 돈을 들여서라도 더 나은 치료를 받겠다는 것이다. 최근에는 존스홉킨스대병원, MD앤더슨암센터, 듀크대병원 등 미국의 유명 병원을 알선하는 업체들이 속속 생길 정도다. 아이리치코리아 관계자는 “최근에는 중산층도 해외 진료를 받으러 나가는 경우가 늘고 있다”고 말했다. 국립암센터 이진수 병원장은 “국내에선 중병환자의 진료 수가가 너무 낮고 첨단 치료를 하려고 해도 제약이 많다”면서 “암 치료비 본인 부담을 낮추고 각종 규제를 대폭 풀어야 한다”고 말했다. 정철근·하현옥, 중앙일보, 2003년 08월 10일.

체적으로 규정하여 이를 금지하고 있다. 의료법 제25조 3항은 누구든지 건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 안된다고 규정하고 있다. 다만, 환자의 경제적 사정 등 특정한 사정이 있어 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있다.

여기서 영리를 목적으로 하는 환자의 소개·알선 기타 유인 및 이를 사주하는 행위의 범위 안에서 국내환자를 외국의 의료기관에 소개 등을 하는 행위가 포함되는지 여부에 대해 해석상 논란의 소지가 있을 수 있다. 동 조항에 따르면, 의료인이라 하여도 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 할 수 없다. 그러나 외국의 의료기관 및 의료인은 국내법상의 의료기관 및 의료인이 아니다. 따라서 외국의 의료기관 및 의료인이 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인 및 이를 사주하는 행위를 하였을 때, 이들은 동법을 위반한 것이 아니라고 주장할 여지가 있다. 국내의료기관 또는 의료인이 다른 의료기관 또는 의료인에게 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인 및 이를 사주하는 행위에 대해서는 형사 처벌하면서, 외국의료기관 또는 의료인에게 영리를 목적으로 환자를 소개, 알선, 유인 및 이를 사주하는 행위를 처벌할 수 없다면 입법적 결함이라 하겠다.³⁵²⁾

나. 國民健康保險法上의 問題

국민건강보험법상 의료급여의 적용대상은 제5조에서 국내에 거주하는 국민으로서, i) 의료급여법에 따라 의료급여를 받는 자(이하 “수급권자”라 한다)로서, 유공자 등 의료보호대상자 중 건강보험의 적용을 보험자에게 신청한 자, 건강보험의 적용을 받고 있던 자가 유공자 등 의료보호대상자가

³⁵²⁾ 왕상환(주119), 전게서, pp. 22-23.

된 경우로서 보험자에게 건강보험의 적용배제신청을 하지 아니한 者가 해당된다(1호). ii) 독립유공자 예우에 관한 法律 및 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 의하여 의료보호를 받는 者(이하 “유공자 등 의료보호 대상자”라 한다)이다(2호).³⁵³⁾ 국민건강보험법의 적용은 국내에서만 적용이 가능하고, 해외에서의 이용을 할 수가 없다.

또한 국민건강보험법 제39조 요양급여에서, 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 진찰검사, 약제·치료재료의 지급, 처치수술 기타의 치료, 예방재활, 입원, 간호, 이송에 대해서 요양급여를 실시한다고 규정하고 있다.³⁵⁴⁾ 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정하도록하고 있다.³⁵⁵⁾ 보건복지부장관은 제39조 2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다³⁵⁶⁾고 함으로써 환자에 대한 진료를 충분히 수행할 수 없도록 규정하고 있다는 점에도 문제가 있다. 그리고 의료인이 행하는 의료행위가 급여대상이 되는가를 고려하여 진료를 해야 하는 문제도 가지고 있다. 앞의 국내 보도에서와 같이, “외국행은 국내 건강보험의 규제가 심해 의료 서비스의 질이 떨어지는 부분이 있는 탓이다. ‘값싸고 표준화된 진료’를 강요하는 건강보험 제도가 기형적인 ‘쌍방향 원정 의료’를 만들어낸 것이다”라고 한 것은 보험제도의 현실을 대변하고 있다.

3. 檢討

국내의료기관 또는 의료인이 다른 의료기관 또는 의료인에게 영리를 목

353) 국민건강보험법 제5조 제1항.

354) 국민건강보험법 제39조 1항.

355) 국민건강보험법 제39조 2항.

356) 국민건강보험법 제39조 3항.

적으로 환자를 소개·알선·유인 및 이를 사주하는 행위에 대해서는 형사 처벌하면서, 외국의료기관 또는 의료인에게 영리를 목적으로 환자를 소개, 알선, 유인 및 이를 사주하는 행위를 처벌할 수 없다면 입법적 결함이라 하겠다. 이에 대한 법률적 검토가 필요하다고 하겠다. 또한 국민건강보험법의 적용은 국내에서만 적용이 가능하고, 해외에서의 이용을 할 수가 없다. 의료소비자의 해외이동과 관련한 공공보험의 적용이 어렵다면, 국제적인 보험회사와 연계한 사보험시장을 개발하는 것도 한가지 방법일 것이다. 그리고 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다고 함으로써 환자에 대한 진료를 충분히 수행할 수 없도록 규정하고 있다는 점에도 문제가 있다. 의료시장이 개방되었을 때 주요한 쟁점이 될 수 있는 문제이다.

第4節 保健醫療서비스의 商業的 駐在의 法的 問題

1. 概要

외국 의료기관 진출의 허용 문제는 서비스 공급형태로 보면 GATS공급 형태3의 상업적 주제에 해당하는 사항이다. 즉 외국 또는 외국기관이 직접 자금을 투입하여 소비자의 거주국에 법인 또는 지사 등을 설립하여 보건의료서비스를 제공하는 것이다.

현재 보건의료서비스 부문과 관련한 교역에 대해서는 그다지 많은 자료가 나와 있지 않다. WTO가 지난 1998년에 발표한 배경자료(Background

Note)³⁵⁷⁾는 WHO의 자료 등을 인용하여 보건의료서비스에 대한 국제적 교역의 사례들을 보여주고 있다. 여기서는 그 내용 가운데 주로 외국인의 투자와 관련된 사례들을 살펴보기로 한다.

먼저 이러한 외국인 투자를 통한 보건의료서비스의 제공은 우선은 선진국들 사이에서 일어날 가능성이 높다는 것이 WTO 사무국의 판단이다. 입수된 자료도 미국에 대한 것뿐이라고 한다. 1995년 현재 미국이 지배권을 갖고 있는 해외에 설립된 법인에 의한 보건의료서비스의 수출액은 4억6천9백만 달러로 그 전해에 비해서 1%감소한 것이었다. 그러나 미국 내에 있는 외국인 소유의 보건의료 서비스 제공자들의 매출은 18억 달러에 달했다. 약 13억 달러를 넘는 이러한 미국의 적자는 독일의 Paracelsus와 호주의 Ramsey Group이라는 두 개의 병원 체인 때문이었다고 한다. 선진국들 사이의 병원 설립 등 이외에도 아시아 등에서 개도국 중심으로 보건의료서비스 제공자들의 네트워크 구성 작업이 활발해지고 있다. 예를 들어서 1990년대 중반에 싱가포르에 기반을 둔 Parkway Group Healthcare Pte.는 아시아의 10개 병원과 영국의 1개 병원을 인수하였으며 동남아시아 전역에 있는 치과의원 체인의 다수 지분을 인수하였다.³⁵⁸⁾

보건의료서비스의 해외투자는 국내 의료시장과 밀접한 관계를 가진다. 우리나라에서도 최근 외국으로의 보건의료서비스에 대한 투자가 이뤄지고 있다. 대상은 주로 중국이나 동남아 지역으로 나타나고 있다. 언론 보도에 따르면 (주)메디코리아의 경우 중국 베이징에 있는 대형병원들과 합작 계약을 맺고 보건의료사업을 현지에 진출시키고 있다고 한다. 이 회사의 경우 합작의 방식은 중국측에서 부지와 건물을 제공하는 대신 한국측에서는 의료설비와 비만치료시스템, 인력 등을 제공해 병원을 개원시키는 것이다. 합작에 참여한 중국측 병원은 1천5백 병상의 수도소아과병원과 1천 2백병상의 메탄병원 등 중국의 5개 중대형 병원이라고 한다. 이 업체는 특히 중국 전역

357) WTO Council for Trade in Services, "Health And Social Services-Background Note", S/C/W/50(18 September 1998).

358) WTO, S/C/W59, p. 6. para. 25.

에 한방다이어트를 주제로 한 합작병원을 10개 이상으로 늘리고 미국으로의 진출도 추진한다는 계획을 세우고 있다. 이 밖에도 한국의 성형외과 의사가 중국 대련에서 해군병원과 합작해 성형외과를 개원한 사례, 역시 한국인 치과 의사가 미국과 중국, 일본, 동남아시아에 합작 치과병원 사업을 추진하는 등 우리나라의 의료산업 수출도 점차 늘어나고 있다. 우리의 의료서비스 수준 역시 세계적인 수준에 도달해 있을 뿐만 아니라 일부 분야에서는 세계에서 첨단 수준을 인정받고 있기 때문이다.

그러나 우리나라의 경우 인천공항을 중심으로 한 경제특구가 지정되면서 외국으로부터 투자를 유치해서 병원 등을 설립하려는 움직임은 나타나고 있다. 이러한 투자가 원만히 이루어지기 위해서는 무엇보다 현행 의료법 비영리법인에 대해서만 의료기관 개설을 허용하고 있는데, 경영을 통해 이윤을 남기고 이를 해외로 송금할 수 있는 영리법인의 허용여부가 주요한 쟁점이 될 것이다. 이는 앞으로 외국과의 협상 과정에서 주요 쟁점으로 제기될 가능성이 높은 분야 가운데 하나이다.

2. 醫療機關의 定義

의료법상 의료기관이라 함은 의료인이 공중 또는 특정 다수인을 위하여 의료·조산의 업(이하 “의료업”이라 한다)을 행하는 곳을 말한다.³⁵⁹⁾ 의료기관의 유형은 종합병원·병원·치과병원·한방병원·요양병원·의원·치과의원·한의원 및 조산원으로 나눈다.³⁶⁰⁾

종합병원이라 함은 의사 및 치과의사가 의료를 행하는 곳으로서, 일정한 요건을 갖추고 주로 입원환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다.³⁶¹⁾ 병원·치과병원 또는 한방병원은 의사·치과의사 또는

359) 의료법 제3조 1항

360) 의료법 제3조 제2항.

361) 의료법 제3조 제3항 종합병원 요건.

한 의사가 각각 그 의료를 행하는 곳으로서 입원환자 30인 이상을 수용할 수 있는 시설을 갖추고 주로 입원환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다. 다만, 치과병원의 경우에는 그 입원시설의 제한을 받지 아니한다.³⁶²⁾ 요양병원이라 함은 의사 또는 한의사가 그 의료를 행하는 곳으로서 요양환자 30인 이상을 수용할 수 있는 시설을 갖추고 주로 장기요양을 요하는 입원환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다.³⁶³⁾ 의원·치과의원 또는 한의원이라 함은 의사·치과의사 또는 한의사가 각각 그 의료를 행하는 곳으로서, 진료에 지장이 없는 시설을 갖추고 주로 외래환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다.³⁶⁴⁾

3. 醫療機關 設立 主體

가. 自然人에 의한 醫療機關의 開設

의료기관을 개설할 수 있는 요건은 개인자격으로는 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사이며, 단체나 법인자격은 국가 또는 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 의료법인, 민법 또는 특별법에 의해 설립된 비영리법인, 그리 정부투자기관 관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관 등이다.³⁶⁵⁾

의원급 의료기관을 개설하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 바에

-
1. 入院患者 100人 이상을 收容할 수 있는 施設
 2. 內科·一般外科·小兒科·産婦人科·診斷放射線科·痲醉科, 臨床病理科 또는 解剖病理科, 精神科(大統령令이 정하는 규모이상의 病床을 가진 경우에 한한다) 및 齒科를 포함한 9개이상의 診療科目
 3. 第2號의 規定에 의한 각 診療科目마다 필요한 專門醫

362) 의료법 제3조 제4항.

363) 의료법 제3조 제5항.

364) 의료법 제3조 제6항.

365) 의료법 제30조 제2항.

의하여 도지사에게 신고하여야하고, 종합병원, 병원, 치과병원 또는 한방병원을 개설하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우 보건복지부령으로 정하는 지역별 소요병상수를 초과하거나(제30조) 혹은 보건복지부령이 정하는 의료기관 종별시설, 장비기준, 규격, 의료인의 정원, 기타 의료기관 운영에 필요한 기준에 적합하지 않는 경우에는 개설허가를 하지 않게 되어 있다(제32조). 그리고 의료기관이 환자로부터 징수하는 의료수가 기준을 보건복지부장관이 정하도록 되어 있다(제37조). 또한 의료법 제5조 단서의 규정에 의해 면허를 받은 자가 국내에서 의료기관을 개설하고자 할 때는 보건복지부장관의 ‘허가’를 받아야 한다.

의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없으며, 예외사항으로서, i) 응급의료에 관한 법률 제2조 제1호의 규정에 의한 응급환자를 진료하는 경우, ii) 환자 또는 그 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우, iii) 국가 또는 지방자치단체의 장이 공익상 필요하다고 인정하여 요청하는 경우, iv) 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 가정간호를 실시하는 경우, v) 기타 이 법 또는 다른 法令에서 특별히 정한 경우나 환자가 있는 현장에서 진료를 행하여야 하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 당해 의료기관내에서 의료업을 행하여야 한다고 규정하고 있다.³⁶⁶⁾ 3항에서는 “2항의 규정에 의하여 의원·치과의원·한의원 또는 조산원을 개설하고자 하는 者는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 申告하여야 한다”고 규정하고, 4항에서는 “의료인이 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하고자 할 때에는 보건복지부령이 定하는 바에 의하여 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우에 제51조의 규정에 의한 개설허가의 취소처분이 있는 날로부터 6월 이내에 그 처분을 받은 자가 의료기관을 개설하고자 하는 경우, 제32조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하는 경우에는 의료기관의 개설허가를 하지 아니한다”고 규정하고 있다.

366) 의료법 제30조 제1항.

의료법 제31조의 의료기관의 개설특례에서, 1항은 “제30조 1항 및 2항에 규정된 자 이외의 자가 그 소속직원·종업원 기타 구성원(수용자를 포함한다) 또는 그 가족의 건강관리를 위하여 부속의료기관을 개설하고자 할 때에는 그 개설 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 제3조 3항 내지 5항의 부속의료기관을 개설하고자 할 때에는 그 개설 장소를 관할하는 시·도지사의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

의료법 제32조 시설기준 등에서는 “의료기관의 종별에 따르는 시설·장비의 기준·규격, 의료인의 정원 기타 의료기관의 운영에 관한 사항 및 요양병원의 입원대상 질환·입원절차 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다”고 규정하고 있다.

우리 의료법은 제30조 이하에서 의료기관을 개설할 수 있는 자격을 엄격하게 제한하고 있다. 의료인이나 국가, 지방자치단체 또는 법인 이외에는 의료기관을 개설할 수 없다. 의료기관의 설립은 자연인의 경우 의료인에 대해서만 이를 허용하고 있다. 외국인의 경우 소정의 교육과 시험을 거쳐서 의사면허를 취득해야 의료기관 설립 및 의료업이 가능하고 이 점에 있어 내국민과의 차별은 없다.

나. 醫療法人에 의한 開設

의료법인을 설립하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정관 및 기타서류를 갖추어 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 의료법인은 그가 개설하는 의료기관에 필요한 시설 또는 이에 소요되는 자금을 보유해야 되고, 재산을 처분하거나 정관을 변경하고자 할 때는 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다(제41조). 그리고 매 회계연도 종료 후 2월 이내에 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 그 운영실적을 보건복지부장관에게 보고하고 그 부분을 비치해야 한다(제43조). 의료법인에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다(제44조 민법의 준용).

설립허가는 제30조 2항의 규정에 의한 의료법인을 설립하고자 하는 자는 대통령령이 定하는 바에 의하여 정관 기타 서류를 갖추어 당해 법인의 주된 사무소의 소재지를 관할하는 시·도지사의 허가를 받아야 한다(제41조 1항). 의료법인은 그가 개설하는 의료기관에 필요한 시설 또는 이에 소요되는 자금을 보유하여야 한다(제41조 2항). 의료법인은 그 재산을 처분하거나 정관을 변경하고자 할 때에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다(제41조 3항).

또한, 보건복지부장관 또는 시·도지사는 의료법인 취소요건에 대해, 1) 정관으로 정한 사업 이외의 사업을 한 때, 2) 설립된 날로부터 2년 이내에 의료기관을 개설하지 아니한 때, 3) 의료법인이 개설한 의료기관이 제51조의 규정에 의하여 개설허가가 취소된 때, 4) 보건복지부장관 또는 시·도지사가 감독상 발한 명령을 위반한 때에 취소할 수 있다고 규정하고 있다(제45조).

이렇게 의료업을 행하기 위해 설립된 의료법인이 민법 또는 특별법에 의해 설립된 비영리 법인은 의료법 시행령 제18조 등에 의해 영리추구 활동을 할 수 없다. 보건의료서비스를 공공서비스의 한 내용으로 분류한 정책 판단의 결과로 본다. 현행 의료법은 의료기관을 설립할 수 있는 자격을 비영리법인으로 제한하고 부대사업을 통한 영리행위를 하지 못하도록 규정하고 있는데, 우선적으로 동 규정부터 폐지되지 않는 한 외국의 자본이 직접 국내에서 투자되어 의료업을 운영하는 데는 상당한 제약이 될 것이다.

4. 醫療保險法의 醫療機關에 대한 規制

국내의 모든 의료기관은 의료보험연합회에 요양취급기관으로서 등록을 받도록 되어 있다. 따라서 외국인으로서 국내에 들어와 개설하려는 의료기관도 의료보험법 제32조의 적용을 받아야 한다. 의료보험법 제32조와 동법

제33조 요양취급기관의 지정을 거부할 수 있는 조건과 요양취급기관의 지정을 취소할 수 있는 조항은 의료보험법 제32조 요양기관의 지정이라고 볼 수 있다.³⁶⁷⁾

외국의 비영리 법인이 국내에 의료시설을 설치할 경우 이들 또한 요양취급기관으로 등록하여야 한다. 문제가 되는 것은 이들이 등록을 거부하는 경우이다. 법적으로 정당한 이유 없이 이를 거부할 수 없다는 조항을 명시하고 있으나(제5항) 강제성을 띠고 있기 때문에 문제가 될 수 있다.

시장개방에 따라 본 조항의 적용 예외를 요구할 가능성이 있다. 적법한 절차를 통하여 들어온 외국의 의료시설이 요양기관으로 지정받지 않고 일반 수가를 받고자 할 때, 이에 대응할 수 있는 합리적인 대책이 마련되어야 한다

의료기관의 운영과 관련된 규정으로 국민건강보험법상 제40조 이하의 요양기관 강제지정 조항을 들 수 있다. 국민건강보험법은 의원, 병원, 치과의원, 치과병원, 한의원 한방병원 등의 의료기관과 약국, 보건소, 보건지소, 보건진료소에 대해서 요양기관으로 강제 지정할 수 있도록 규정하고 있다. 요양기관 강제지정을 거부할 경우에는 500만원 이하의 벌금형에 처할 수 있다(국민건강보험법 제96조).

한편 의료법은 제16조에서 “의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다”고 규정하고 있고 동법 제68조는 이를 위반한 자에 대해서는 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금형을 규정하고 있다. 의료법 제16조와 그에 대한 처벌 규정은 기본적으로는 모든 환자를 진료하여야 할 의료인의 책임을 규정한 것으로 그 타당성을 인정할 수 있지만, 의료인이 요양기관 지정에 대해 거부하는 것을 징역형으로까지 처벌할 수 있도록 하는 것은 통상 현안의 하나로 제기될 가능

367) 의료보험법 제32조(요양기관의 지정) ① 제29조 제2항 제1호(요양급여)의 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자 단체가 이를 지정한다<개정 95.8.4>. ② 보험자는 제1항의 규정에 의한 요양기관지정 권한을 보험자 단체에 위임할 수 있다. ③ 삭제, ④ 보건복지부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양기관을 지정하게 할 수 있다<개정 95.8.4>. ⑤ 제1항 또는 제4항의 규정에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다.

성이 높다 할 것이다.

5. 관련 國內法 검토

가. 의료기관 설립의 장벽

의료기관의 설립과 관련한 제한으로 한명의 의료인이 복수의 의료기관을 개설하는 것이 의료법상 금지되어 있는 것을 들 수 있다(의료법 제 30조 2항). 또 각종 의료기관의 성격에 따라 여러 가지의 인력이나 조직 등에 대한 기준을 두고 있다. MRI등을 비롯한 일정한 의료 시설에 대해서는 수량제한 등이 부과되고 있다.

이와 같은 국내법과 관련하여 의료기관 개설자격을 국내 면허를 갖고 있는 의료인이나 국가 또는 지방자치단체, 그리고 의료법인이나 비영리법인으로 규정하고 있는 부분이 쟁점이 될 수 있는 부분이다.

외국인의 경우 국내면허를 취득할 수 있는 길이 열려 있으므로 국내법상의 의료법인 자격을 취득한 다음 의료기관을 개설하는 것은 문제가 되지 아니한다. 그러나 의료인이 아닌 자의 경우에는 의료법인 또는 비영리법인에 대해서만 의료기관을 설립할 수 있도록 하고 있는 것은 결과적으로 의료기관을 설립하여 이익을 내고 그 과실을 외국으로 송금할 수 있는 길을 원천적으로 봉쇄하고 있는 셈이다.

그런데 외자유치법 및 외국인투자인가지침에서는 이미 1995년 1월부터 보건의료분야를 외국인투자제한업종에서 제외함으로써 의료기관 설립 등에 대한 외국인 투자의 제한을 완전히 철폐한 상태이다. 따라서 현재도 외국인은 국내법상 아무런 제한 없이 내국인과 동등한 수준으로 비영리법인을 세워 의료기관을 개설할 수 있다.

하지만 수익을 목적으로 들어오는 외국인 투자가 과실송금을 금지하고

있는 의료사업에 관심을 기울일 가능성은 거의 없어 보인다. 1995년 보건의료사업에 대한 외국인 투자허용 조치이후 1999년까지 단 한 건의 외국인 투자신청도 없었으며 2002년 4월 현재까지 외국인 투자에 의해 설립된 의료기관에 대해서는 알려진 것이 없다는 점은 이러한 현실을 잘 말해주고 있다.

따라서 앞으로 서비스 시장 개방에 대한 논의가 진행되면서 이러한 현실적인 외국인 투자의 장벽을 철폐해야 한다는 주장이 제기될 가능성이 있다. 외국인투자에 대한 장벽을 없애는 방법은 결국 의료기관 설립을 비영리법인에 한정하지 말고 영리법인에 대해서도 의료기관을 설립할 수 있게 하고 그 수익을 본국으로 송금할 수 있는 길을 열어주는 것이 될 것이다. 이렇게 되면 내국인에 대해서도 영리법인을 통한 의료기관 설립을 허용하는 결과를 초래할 것이다.

보건의료서비스에 대해 지금까지 비영리성을 추구해온 이유는 무엇보다도 보건의료서비스의 공공적 성격 때문이었다. 보건의료서비스는 국민건강과 밀접한 관련이 있는 공공재라는 인식하에서 의료시설이나 의료 전문인력의 양성 등 보건의료자원의 적정 관리 문제가 국가 차원에서 이뤄지고 있는 것이 사실이다. 그러나 교육분야에서와 마찬가지로 국내 보건의료서비스에 불만을 품은 국내 환자의 해외 이동과 이를 통한 외화의 유출을 막기 위해서라도 외국의 자본이 실제로 국내에 들어와 보건의료서비스 시장에 참여할 수 있는 유인을 마련해 주는 것을 적극적으로 검토해볼 필요가 있다.

실제로 우루과이라운드 협상 당시 보건의료서비스 분야에서의 시장개방 논의에서 미국은 우리나라의 병원경영서비스를 개방하도록 요구한 바 있으며 이번 시장개방협상에서도 이 분야를 요구해올 가능성이 높다. 또한 이러한 시장개방은 우리의 보건의료서비스 시장에 새로운 활력과 경쟁 분위기를 조성하여 산업의 경쟁력을 높이는 데에도 긍정적인 계기가 될 수 있을 것으로 보인다. 이러한 외국 자본의 국내 보건의료서비스 시장 진출이 여러 가지 점에서 기존의 의료기관 등에 상당한 도전이 될 가능성도 많이 있다.

그러나 이러한 문제는 그 자체로 해결 방법을 찾아야 하는 것으로서, 시장의 일방적인 봉쇄로 대처할 성질의 것은 아니라고 본다.

나. 요양기관의 강제지정

또 요양취급기관 강제지정 제도도 문제가 아닐 수 없다. 우리나라의 경우 처럼 정부가 의료기관을 요양취급기관으로 강제로 지정하는 제도는 다른 나라에서는 좀처럼 찾기 어렵다. 우리나라도 의료보험의 출발초기에는 임의적인 계약에 의해 요양취급기관을 정하여 왔다. 그러나 의료기관들이 낮은 의료수가 등을 이유로 요양취급기관 계약을 기피하는 경향으로 인해 강제적인 지정제도로 변경됐다.

이러한 강제 지정제도는 보건의료서비스의 공공재적 성격을 감안한다고 하더라도 사적인 주체들에 의해서 행해지는 서비스업의 공영 방식을 정부가 직접적이고 전면적으로 통제한다는 점에서 문제의 소지가 있다. 특히 국민건강보험과 의료법은 요양기관 지정을 거부한 경우에 벌금형에 처하도록 규정하고 있지만 요양급여 환자에 대한 진료를 거부했을 경우에는 징역형에까지 처할 수 있도록 강력한 제재 수단을 마련하고 있어 문제이다.

이에 대해서 의료단체들은 지속적으로 문제를 제기하고 있으나 쉽게 타협점을 찾지는 못하고 있다. 실제로 대한의사협회는 2000년 8월 1일 요양기관 강제 지정을 규정하고 있는 건강보험법 제40조 1항에 대한 헌법소원을 제기하기도 하였다. 물론 이 사건의 결론이 앞으로 어떻게 내려질 것인지는 쉽게 예단하기 어렵다. 대한의사협회가 주장하듯이 자유로운 의료기관 운영을 근본적으로 제한하고 있는 이 규정이 헌법에 위반될 수도 있다. 또 헌법재판소가 의료서비스와 공공재적 성격에 주목하여 강제지정 제도를 법에 의한 기본권의 제한 가능한 범위 내에 있는 것으로 정해야 한다는 상황 자체가 누구의 잘못을 시비하기 전에 참으로 유감스럽다. 보건의료서비스 분야에 대한 시장개방 협상이 본격화하고 있는 상황에서 이러한 국제적인 규제들이 국제적인 조류에 비추어 합리성과 타당성을 갖추고 있는지 보건복

지부도, 의료계도 현명하게 검토해야 할 문제이다.

여기에는 우리의 현실적인 여건도 당연히 고려되어야 할 것이다. 즉 앞에서 언급한 바와 같이, 취약한 우리의 건강보험 재정은 건강보험 수가의 인상 등을 여유 있게 감당하기 어려운 것이 사실이며 따라서 요양기관 지정을 임의적인 것으로 변경할 경우 상당수의 의료기관들이 요양기관 지정을 거부하고 보험 비급여 상태의 진료를 원할 가능성이 높다. 이렇게 될 경우 국민 일반의 보건의료 서비스에 대한 부담이 지나치게 올라갈 우려가 있으며, 수익성이 높은 진료과목으로 의료인의 공급이 집중됨으로서, 의료서비스의 기본적인 공급 구도가 왜곡될 수 있을 것이다.

그러나 이 모든 문제는 국가가 각종 세원으로 필요한 재원을 확충하고 이로써 해결해야 할 성질의 것들이다. 더욱이 강제요양기관 지정제도를 철폐함으로써 의료서비스의 종류에 따라 전문성이 강화되고 경쟁력 향상을 꾀할 수 있다면 현행 강제요양기관 지정제도는 재검토되어야 할 것이다.

이 문제는 앞에서 언급한 건강보험 수가 현실화 및 급여체계 개편과 관련된 사안이다. 만약에 의료인들이 생각하는 수준의 수가 및 급여체계가 갖춰진다면 의료기관이 요양기관 지정을 기피할 이유가 없기 때문이다. 이 문제는 그러나 건강보험 재정의 부담 능력이라는 현실적인 제한이 있으므로 근본적으로 건강보험 체제의 개편을 상정하지 않고는 그 해결점을 찾기가 어려운 것이다.

다. 보험체제의 문제

건강보험 체제를 전액 정부재정에서 지원하는 의료보호에 해당하는 부분과 기초적인 공적 의료보험 및 임의로 가입할 수 있는 사보험 체제 등으로 구분하여 이를 시행하고 의료기관에 대해서도 경영 방식에 있어서의 자율성을 부여하는 방안을 적극 검토해 보아야 할 것이다. 특히 건강보험 요양기관 지정의 강제에 대해서는 기본권 침해 소지가 분명히 있는 만큼 근본적인 의료체제의 개편을 추진할 필요가 있다. 특히 외국의 자본이 직접 국

내에서 의료기관 등을 설립할 경우 이 문제는 단순한 국내 문제를 넘어서 국제적인 통상 마찰의 대상으로 비화될 가능성이 높다.

第5節 自然人的 移動에 의한 國內法的 問題

1. 免許取得과 資格要件

의료법상 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 i) 의학 또는 치과의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 또는 치과의학사의 학위를 받은 자,³⁶⁸⁾ ii) 한방의학을 전공하는 대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자,³⁶⁹⁾ iii) 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 免許를 받은 者³⁷⁰⁾ 만이 응시자격을 부여하고 있다. 이에 該當하는 資格을 가진 자로서, 제9조의 규정에 의한 해당 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.³⁷¹⁾ 동법은 또 제11조 ‘면허의 조건 및 등록’에서 3년 이내의 기간을 정하여 특정지역 또는 특정업무에 종사할 것을 면허의 조건으로 붙일 수 있다는 점과 보건복지부 장관으로 하여금 면허를 부여할 때 그 면허에 관한 사항을 등록장부에 등록하고 면허증을 교부하도록 의무화하고 있다. 또한 동법 제28조 2항은 면허소지자에 대한 의료인단체의 보수교육 의무를 규정하고 있고, 그리고 동조 3항은 의료인의 보수교육과 이수 의무를

368) 의료법, 제5조 1호.

369) 의료법, 제5조 2호.

370) 의료법, 제5조 3호.

371) 의료법, 제5조.

규정하고 있다.

2. 醫療免許에 의한 醫療行爲

의료행위의 제한조치는 의료법 제25조에 규정되어 있는데, 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없다. 외국인의 경우도 우리나라 의료면허를 취득하면 국내에서의 의료행위에 제한이 없으며 내국인과 동일하다.

그러나 외국 의료인면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자는 외국의 교육 또는 기술협력에 의한 교환교수 업무, 교육 연구 사업을 위한 업무, 또는 보건복지부장관의 승인을 조건으로 하는 의료법인, 비영리 법인의 목적사업을 위한 업무, 국제의료봉사단의 의료봉사업무에 대해서는 의료행위가 가능하다(의료법시행규칙 제20조).

이러한 자격은 內國人에게도 보건의료서비스의 특성상 일정한 학력과 함께 의료인의 자격요건을 제한하고 있지만, 외국인에 대해서도 자국의 면허를 소지한 자에 대해서 시험 응시자격을 부여하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 외국에서 취득한 자격을 국내에서 동일하게 허용될 수 없는가 하는 것이다. 이것은 의료의 질에 대한 우려, 교육수준의 동등성, 선진국과 개발도상국간의 의료수준의 차이, 언어소통의 등이 장애요인으로 되고 있다. 이러한 자격요건의 동등성 기준에 의한 자격의 상호인정이 고려되어야 할 부분이다.³⁷²⁾

3. 無免許醫療行爲 등 禁止

무면허의료행위 등 금지(제25조)에서는 의료인이 아니면 누구든지 의료행

372) 법무부(주64), 상계서, pp. 97-105.

위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 무면허 의료행위를 할 수 있는 경우는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다(제25조 1항)고 규정하고 있는데, 즉, 무면허 의료행위를 허용하는 경우는 1) 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자, 2) 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자, 3) 의학, 치과의학, 한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생들에 대해서는 허용하고 있다.

4. 專門 人力의 移動

전문 의료인력의 이동과 관련해서는 의료제도 및 의학교육수준이 서로 다르므로 가장 중요한 것은 각종 의료인(의사, 치과의사, 한의사, 간호사, 임상병리사 등)의 자격인정 문제라고 할 수 있다. 의사의 경우, 외국의 의사도 우리나라에서 의료행위를 하기 위해서는 한국의 의사면허증을 취득해야 한다(의료법 제5조). 그러나 외국인이 한국어로 된 자격시험에 합격하는 데에는 제한이 다르므로 자격인정의 문제가 대두된다. 즉 특정국가에서 취득한 학력, 수련기간, 면허자격 등에 관한 국제적 기준을 마련하거나 또는 국가간에 협정을 맺어 상대국의 의사자격증을 상호인정해 주는 것이다.³⁷³⁾ 이러한 인정조치는 국가간의 의무조항은 아니다.³⁷⁴⁾ 여기서 의료인의 자격은 국제적 기준을 마련하거나 혹은 국가간의 협정을 맺어 상호 인정한다 하더라도 입국상대국의 언어구사력에 대한 시험은 필요조건이 될 것이다. 상호인정 협정을 체결한 국가의 의사면허 소지자 중 언어구사력시험에 합

373) 유럽국가들 간에는 의사면허를 상호인정해 주고 있다.

374) GATS협정 제7조(인정)에서 각 체약국은 인가기준과 서비스공급자의 자격요건 등과 관련해서 특정국가에서 취득한 학력, 경력, 면허, 자격 등을 인정할 수 있다. 또한 각 회원국은 서비스교역에 관한 일반협정의 발표 후 1년 이내에 그들이 실행하고 있는 인정제도를 회원국들에 알려야 하며, 그 이후 이에 대한 변경이 있을 경우 즉시 회원국에 통보해야 한다고 규정하고 있다.

격한 자에게 입국을 허용하도록 양허하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이때 고용기회를 먼저 부여하고, 국내병원에서 일정기간동안 근무한 후 개업할 수 있도록 하는 것이다

5. 外國人에 대한 制限

우리나라는 타 국가와 의사면허 상호인정에 관한 협정이 없기 때문에 우리나라의 의사면허를 가지고 있지 않는 외국인의 의료행위는 허용될 수 없다.³⁷⁵⁾ 현재 외국의 의료인이 국내에 들어와 의료행위를 할 수 있는 경우는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 외국국적의 의료인이 의사국가시험에 합격하여 보건복지부장관의 면허를 취득한 경우이다. 외국인이라고 하더라도 이런 경우 국내 의료법상 의료행위를 할 수 있는 법적인 근거를 갖는다고 볼 수 있다. 둘째, 국내의료기관 및 연구기관의 요청을 통한 보건복지부의 추천을 거쳐 의료법 하에서 의료행위를 하는 경우이다. 위의 두 가지 경우를 통하여 국내의료기관 및 연구기관에서 외국인의 의료행위가 이루어지고 있다.

6. 醫療人力の 國內外 進出入 許容의 爭點

외국 의료인력의 진입 및 우리나라 의료인력의 해외 진출에 대한 허용 문제에서 가장 중요한 쟁점은 외국에서 취득한 면허에 대한 평가를 어떻게

375) 의료법 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다. 1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자, 2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료 봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자 3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

할 것인지에 관한 부분이다. 즉, 외국에서의 면허소지자가 면허취득을 위해 요구되는 제반 요건을 충족하여 그 나라 면허부여 기관으로부터 면허를 취득하였을 때, 우리나라에서 이를 그대로 인정하여 의료서비스 활동을 할 수 있도록 허용할 것인지, 또는 외국에서 취득한 면허에 대해 우리나라에서 별도의 절차를 통해 이를 검증한 후 그 허용여부를 결정할 것인지, 아니면 상대국 면허제도와 우리나라의 면허제도 절차를 상호 검증하여 그 동등성이 인정된 나라에서 취득한 면허의 경우 별도의 검증절차 없이 이를 인정하라는 것인지를 결정하는 일이다.

생각건대, 우리나라의 경우 별도의 검증절차 없는 완전 개방은 특히 개발도상국으로부터의 의료인력 유입가능성을 고려해 볼 때 받아들일 수 없는 형태라고 본다. 또 외국에서 이미 면허를 취득한 자를 우리나라 제도에 의해 또 다시 요건을 충족시킬 것을 요구한다면 개방의 의미는 사실상 없다. 따라서 상대국 면허제도와 우리나라 면허제도의 동등성 평가를 전제로 양국이 그 면허제도에 대한 동등성을 인정한다면 상대국에서 면허를 취득한 자가 자유롭게 왕래할 수 있도록 이를 허용하는 것이 타당하다고 본다.

면허제도의 상호 인정을 전제로 시장을 개방한다고 할 때, 그래도 남은 문제는 상대국 免許制度를 평가함에 있어 그 대상을 어느 범위로까지 할 것인지에 대한 부분이다. 즉, 의과대학 교육과정부터 이를 평가하여 동등성 여부를 판단할 것인지, 면허시험의 내용과 그 합격률 등에 대한 동등성 여부까지 판단할 것인지가 쟁점으로 제기 될 수 있다.

각국이 상이한 교육체제를 운영하고 있는 상황에서, 그 내용까지 세밀하게 평가하여 그 동등성 여부를 가리는 일은 사실상 불가능하다. 그렇지만 그렇다고 해서 그 사람이 이수한 교육과정의 평가를 전혀 고려하지 않는 것은 醫療人力의 전문성에 비추어 타당하지 않다.

상대국 면허제도의 평가 및 그 동등성 인정을 전제로 상호 의료인력의 자유로운 의료서비스 활동 허가를 추진하고자 한다면, 비단 면허 시험의 내용 및 그 합격률만을 볼 것이 아니라 그 나라가 갖고 있는 교육제도의 내용까지 이를 세밀하게 관찰하여 평가하도록 체제를 갖추는 것이 타당하다

고 본다.

아울러, 현재 면허 부여의 주체와 면허관리자가 이원화되어 있는 우리나라 제도가 과연 타당한 것인지도 차제에 검토할 일이다. 즉, 현행법은 그 부여는 보건복지부장관이, 면허취득에 대한 교육 등 그 관리는 각 의료단체가 맡도록 규정되어 있는데 보건복지부장관이 주관하도록 되어 있는 면허시험이 사실상 국시원에 그 모든 것이 일임되어 있는 상황에서 면허부여의 주체를 보면 보건복지부장관이 수행하도록 하는 것이 과연 어떤 의미가 있는 지 의문이다. 차제에 면허제도 운영의 효율성을 제고할 수 있도록 면허부여의 주체와 관리의 주체를 일원화할 것을 제안한다.

第5章 結 論

이 논문에서 WTO/GATS 하의 일반무역규범과 보건의료서비스의 관련성을 검토하고, 보건의료서비스 무역에서 쟁점이 되는 국제법적 문제와 국내법적 문제를 논의하고자 하였다. 이러한 논의를 중심으로 국제법적, 국내법적 쟁점에 대한 대응방안을 제시하고자 하였다. 먼저 서비스 공급형태에 따른 쟁점에 대해 국제법적인 측면에서 방안은 다음과 같이 제시하였다.

첫째, 자연인의 이동으로서, 자연인의 이동을 저해하는 요인은 의료행위 수행하는데 필요한 자국의 면허를 요구한다는 데 있었다. 이에 대한 장벽으로서 지적하고 있는 것은 i) 전문인 교육 및 훈련과 관련된 WTO 회원국의 여러 다양한 관행, ii) 규제적 주권의 상실에 대한 염려, iii) 일부 선진국에서의 자격 및 교육의 동등성 판단을 위한 공식적인 면허 및 자격 메커니즘의 부재, iv) 상호인정이 실질적인 효과를 거두기 위해서는 전문가협회의 협조가 필요하나 일부 개발도상국에서는 대표적인 전문가 협회가 존재하지 않거나 몇몇 협회는 외국인 전문가의 시장접근 등을 꺼리는 점 등을 들 수 있었다. 보건의료서비스 분야에 있어서 자격의 인정문제는 양자협상이나 다자협상을 통해 자격의 상호인정협약을 체결함으로써 외국의 의료서비스 시장에 접근할 수 있을 것이다. 이러한 협약이 체결되기 위해서는 해당 국가들의 교육이나 질적 수준이 비슷할 때는 문제없이 성사될 수 있을 것이다. 하지만 이러한 수준의 차이가 클 때에는 협정체결이 어려울 것이다. 그 외에 자격을 인정하는 하나의 방법으로서 국제기구를 통해 국제적인 기준을 정립하는 것이 한 방법일 것이다. 즉 WHO나 ISO와 같은 기구를 통하여 국제적 기준을 설정하고 이 기준이 갖춰진 국가들간에는 자격의 동등성을 인정함으로써 외국에서도 인정된 자격으로 면허행위를 할 수 있게 하는 것이다.

둘째, 보건의료서비스의 국경간 공급의 형태로서, 원격의료서비스 문제는

현재의 국제적인 체제에서 원격의료행위를 수행하기 위해서 원격의료인이 현지국의 의료인의 자격을 취득하는 것이 선행조건이다. 의료인의 자격에 대한 규정은 각국의 제도에 따라 자격이 주어지고 있지만, 외국의 자격에 대해서는 아직까지 폐쇄적이다. 외국에서 의료행위를 하기 위해서는 먼저 현지국의 면허를 취득해야 현지국에서 의료행위를 할 수 있다. 마찬가지로 서비스의 국경간 공급의 형태인 원격의료에서도 의료인의 자격이 있어야만 의료행위를 할 수 있음은 당연하다 하겠다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 국내법으로서 원격의료법을 가지고 있는 국가는 말레이시아나 웨스트버지니아주 등에서 원격의료법이 따로 만들어져 있고, 특히 말레이시아나 미국의 몬타나주는 원격의료인에 대한 자격을 법률로 규정하고 있다. 그러나 각국이 원격의료에 대해 입법화한 국가는 그다지 많지 않다. 현실적으로 국경을 초월하여 이루어지고 있는 원격의료에 대해 국제법적인 자격기준이 정해져야 할 것이다. 이러한 원격의료에 대한 자격문제가 해결되지 않는다면, 의료서비스의 국경간 공급은 불법의료행위로서 문제가 될 것이다.

위와 같이 원격의료인의 자격문제가 정립되었을 때, 원격의료에서 의료과오에 대한 책임문제는 과실의 소재가 어디인가에 따라서 책임이 결정될 것이다. 의료인의 처치나 오진 등이 의료인의 본연의 수행과정에서 발생한 과오라면, i) 원격지 의사와 현지 의사가 정보통신망을 이용하여 의료지식 또는 기술에 관한 협진을 하는 형태에서는 원격지 의사와 현지 의사간에 그 책임의 범위와 한계를 보편적 의료수준에 따라 설정할 필요가 있고, ii) 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 간호사 등 의료 보조 인력의 조력을 받아 환자를 진료하고 처방하는 형태와 원격지 의사가 정보통신망을 통해 현지의 환자의 상담에 응하고 처방하는 형태, 그리고 원격지 의사가 정보통신망을 이용하여 현지의 환자를 검진하는 형태에서는 그 책임이 원격지 의사에게 있다는 것을 규정할 필요가 있다. 또한 장비의 하자로 인한 의료과오라면 운용책임과 제조물책임에 따라 책임을 부과할 수 있는 국제적 규범화가 이루어져야 할 것이다.

電子處方箋의 法的效力문제에 있어서, 국내의료인이 원격의료행위에 의해

발행된 전자처방전은 유효하다. 하지만 외국의 의료인 자격으로 내국인에 대한 전자처방전을 발행했을 때, 이에 대한 醫療行爲는 현행 醫療法上 無免許 醫療行爲로서 電子處方箋이 인정되지 않는다. 이에 대한 문제는 의료인 자격과 함께 해결 되어야 할 문제이다.

전자의무기록으로 인해서 일어날 수 있는 부작용은 전자의무기록의 환자 정보누설·변조·훼손 등으로 인한 환자정보의 침해행위일 것이다. 원격의료에 의한 의료정보의 대량입력, 저장 및 처리 등의 정보화가 진행되면 될수록 개인에 대한 정보 및 사생활의 영역이 점차 확대되며 침해의 위험성도 크질 것이다. 그러므로 정보보호를 위해 구체적인 인력기준, 시설기준 및 장비기준 등이 보안유지에 대한 안전규정과 함께 규범화 되어야 할 것이다.

일반적인 전자상거래는 불특정다수인에 의한 거래이므로 그 소재의 파악이 용이하지 않으므로 재판관할권과 준거법을 결정한다는 것이 쉽지 않다. 원격의료에서의 재판관할권과 준거법 결정은 그 행위자체가 환자의 인적사항과 관련된 여러 가지 정보가 종합적으로 이루어지고 있고, 불법행위로서 특별관할 의해 관할권과 준거법이 정해질 것이다. 따라서 원격의료와 관련된 국제법적문제는 앞으로 발생할 수 있는 문제이므로 WHO나 ISO 및 GATS 등의 국제기구차원에서 국제규범화가 이루어져야 할 것으로 생각된다.

셋째, 의료소비자의 해외이동은 경제적 여유가 있는 개발도상국의 국민들이 높은 수준의 서비스를 공급받기 위하여 선진국으로 이동하는 경우와 이국적인 치료법을 기대하거나 혹은 성형수술과 같이 의료보험이 적용되지 않는 서비스를 저렴한 가격에 제공받기를 원하는 선진국 국민들의 개발도상국으로의 이동하거나, 혹은 적절한 시기에 필요한 서비스를 제공받기 어려울 경우, 혹은 가격이나 품질에 있어서 경쟁력이 있는 쪽으로 개발도상국 사이나 선진국들 사이에 국민들이 이동하는 경우이다. 이러한 소비자의 이동에서 문제는 공공보험이 적용되지 않는다는 점일 것이다. 의료소비자의 이동이 확대될 경우에 공공보험의 적용이 어렵다면, 사보험체제의 확대나 국제적인 개별보험사를 통해서 보험을 적용할 수 있도록 하여야 할 것이

다.

넷째, 앞의 GATS위원회의 보고에 의하면, 각국은 보건의료기관의 상업적 주재에 대해서는 덜 호의적이었다. 보건의료는 공공의 성격이 강하기 때문에 각국이 쉽게 상업적 주재를 허용하지 않을 수 있다. 하지만 보건의료시장의 개방화는 이미 시작되었고, 국가에 따라서는 전면개방을 허용한 국가도 있지만 개방이 미미한 국가도 있다. 앞으로 보건의료시장접근이 용이하기 위해서는 각국의 상업적 주재에 따른 의료기관의 설립요건을 완화하는 방향으로 협상이 진행되어야 할 것이다. 또한 투자요건에 관한 절차의 경직성과 자본투자에 따른 과실송금의 제한은 보건의료서비스의 시장접근을 제한하는 것이 될 수 있으므로 과실송금이 이루어지도록 보장하여야 할 것이다.

다음은 국내법적인 쟁점에 대한 방안으로서 다음과 같이 제시할 수 있다.

우리나라 의료법에는 內國人은 물론 外國人에 대해서도 의료행위를 하기 위해서는 우리나라에서 의료인 자격을 취득하도록 하고 있다. 이러한 규정은 외국인이 자국의 의료인 면허를 소지하고 있는데도 우리나라 말로 된 시험을 치러야 하는 문제가 발생하는데, 이것을 그대로 유지할 것인가는 법적 검토가 이루어져야 할 것이다. 면허인정의 문제에서 상호협정을 통해 승인할 것인지, 표준화된 국제규범 제정을 제안하여 국제적 표준화로 이행할 것인지 검토해 볼 필요가 있다. 이는 DDA 의료서비스 양허협상에서 일정한 학력수준과 의료의 질이 대등하다고 할 때, 당사국간의 의료인의 자격을 허용할 수 있을 것이다. 또한 아시아 국가들간 의료인 자격에 대해서는 한의학 관련 외국 의료인의 자격인정문제는 중국의 학제와 우리나라의 학제간에 차이가 있었다. 양국간의 상호인정이 이루어지기 위해서는 학제와 교과과정을 대등한 수준으로 조정함으로써 상호인정협정 체결이 이루어질 수 있을 것이다.

의료서비스의 상업적 주재에서, 현행 외자유치법이나 외국인투자 인가지침에 따르면 외국 投資者들이 직접 우리나라에 진출해서 영업을 할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 의료법상으로는 營利를 목적으로 하는 의료기

관 설립을 허용하지 않고, 非營利法人 형태로 허용하고 있다. 이렇게 의료법상의 규제는 외국의 투자자가 의료기관을 설립 하는데 장애가 될 수 있다. 따라서 미국의 예에서와 같이 점차적으로 영리법인의 의료기관이 확대하고 있는 것과 같이 영리법인의 허용을 여러 가지 측면에서 검토하여야 할 것이다. 이에 대해서는 의료의 공공성만을 주장해서는 해결되지 않을 것이다. 현재 우리나라 의료진의 수준은 상당한 수준에 있으므로 국내의료시장만을 지키기를 고집한다면, 국내의료진의 해외진출의 기회를 잃을 수 있으므로 전향적인 검토해야 할 것이다. 또한 외국인투자에 대한 장벽을 없애는 방법은 결국 의료기관 설립을 비영리법인에 한정하지 말고 영리법인에 대해서도 의료기관을 설립할 수 있게 하고 그 수익을 본국으로 송금할 수 있는 길을 열어주는 것이 될 것이다. 이렇게 되면 내국인에 대해서도 영리법인을 통한 의료기관 설립을 허용하는 결과를 초래할 것이다.

외국의 의료인이나 의료기관이 인터넷과 같은 통신수단을 통해서 우리나라 환자를 원격진료 할 수 있도록 허용할 것인가에 대해서도 쟁점이 되는 문제이다. 여기서 문제가 되는 것은 외국의 의료인이 통신수단을 통해서 내국인을 검진하고 처방을 발행한다면 이는 국내 의료법상 무면허 의료행위에 해당하게 된다. 이 경우 무면허행위에 대한 처벌은 가능한 것인가? 또한 원격의료를 통한 의료과오의 법적책임문제에 대해서도 검토되어야 한다. 현실적으로 이루어지고 있는 전자처방전의 발행이나 원격수술 등의 문제도 입법화를 검토해야 할 것이다. 또한 원격의료인의 자격에 대해서도 제도화를 통해서 공익성과 신뢰성을 확보해야 할 것이다. 또한 국민건강보험법상에서 규제하고 있는 문제도 시장개방이 진행됨으로써 쟁점화 될 소지가 크다고 하겠다. 현 단계에서 국민건강보험체제의 틀을 새롭게 구축하는 것을 고려해 볼 필요가 있다. 지금의 공공보험체제의 적자운영은 정부에서 엄청난 지원이 없이는 운영하기가 점점 더 어려워 질 것이다. 그러므로 공공보험과 함께 사보험체제도 구축해야 할 것으로 판단한다.

본 논문은 욕심과 같이 많은 논점을 다루지는 못하였다. 부족한 부분은 앞으로 공부하는 과정에서 새로운 대안과 접근을 시도할 것이다.

參考文獻

I. 國內文獻

1. 단행본

강현중, 민사소송법, 박영사, 1996.

김준호, 민법강의, 법문사, 2001.

김준호, 민법강의, 법문사, 2000.

민경휘 외, 서비스산업의 성장과 구조변화, 산업연구원 연구보고서 제92호, 1987.

법무부, GATS 국내규제연구, 2000.

서울지방법원, 국제상거래·상사 소송의 실무, 2000.

徐憲濟, 國際經濟法-國際通商·通貨規範-, 栗谷出版社, 1998.

석광현, 국제사법과 국제소송(제2권), 박영사, 2002.

신현호, 의료소송 총론-의료행위와 의사의 법적 책임-, 육법사, 2000.

안춘수, 국제재판관할권, 민사소송법의제문제, 삼영사, 1992.

유진수, 우리나라 서비스산업의 생산성 변화와 생산성의 국제비교, 대외경제정책연구원, 1999.

이장희 편저, 국제통상과 WTO법, 아시아사회과학연구원, 1996.

정영호·박순찬·고숙자·윤강재, WTO체제하의 보건의료서비스분야 개방협상 동향 및 정책적 시사점, 한국보건사회연구원, 2002.

채 욱, 서비스교역과 셰이프가드, 대외경제정책연구원, 1994.

최공웅, 개정판 국제소송, 육법사, 1988.

최승환, 국제경제법, 법영사, 1998.

통계청, 한국표준산업분류, 행법사, 2000.

한국의료법학회·보건의료법학 편찬위원회, 보건의료법학, 동림사, 2002.
한철수, 서비스산업 개방과 WTO, 다산출판사, 1994.
WTO 사무국 위음·김의수 옮김, 우루과이라운드협정의 이해(Guide to the Uruguay Round Agreements), 대외경제정책연구원, 2000.

2. 논문

김준동, “WTO 보건의료서비스의 양허현황 및 규제 이슈”, 대한병원협회, 2002.
노태약, “電子去來의 裁判管轄과 準據法-개정 국제사법, 헤이그신협약 초안 및 UCTA와 관련하여”, 정보법학 제5권, 韓國情報法學會, 2001.12.
민동석, “WTO DDA 서비스협상 논의동향과 우리의 대응방향”, DDA 대연찬회 토의자료; 제3주제, 2003.
박민, “영리의료법인의 의료·윤리적 측면”, 대한병원협회지, 2002. 9,10월호.
박순찬·엄부영, “DDA 서비스협상에서 자연인의 이동에 관한 OECD 논의”, OECD FOCUS(2003. 3), 대외경제정책연구원, 2003.
박인석, “정보화와 의료법”, 제16차 대한의료정보학회 춘계학술대회 초록집, 2000.
白允才, “貿易關聯投資措置(TRIMs)에 관한 UR協定の 意義와 分析”, 國際去來法研究 第4輯, 國際去來法學會, 1995.
법무부, 국제화시대의 섭외사법 개정방향(1999); 한국국제사법학회, “21세기 국제사법-섭외사법 개정 법률 안의 검토”, 제8차 연차학술대회 자료집, 2000. 11.
법무부, 국제화시대의 섭외사법 개정방향(1999); 한국국제사법학회, “21세기 국제사법-섭외사법 개정 법률 안의 검토”, 제8차 연차학술대회 자료집, 2000. 11.
새천년준비위원회, “밀레니엄관계법 제정에 관한 연구”, 한국법학교수회(공편), 2000.

- 서광민, “위험책임의 요건과 그 인정방법”, 사법행정, 1989. 11.
- 서철원, “WTO의 서비스 무역에 관한 일반협정의 평가”, 서울국제법연구 3권 2호, 1996.
- 石光現, “국제재판관할에 관한연구-민사 및 상사사건에 있어서 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로”, 서울대학교법학박사학위논문, 2000. 2.
- 석광현, “국제적인 전자거래와 분쟁 해결-국제재판관할을 중심으로”, 인터넷법률 창간호(2000. 7.).
- 석광현, “국제적인 전자거래와 분쟁해결-준거법을 중심으로”, 인터넷 법률 2호(2000. 9).
- 석광현, “헤이그 국제사법회의 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약 예비초안”, 국제사법연구 제5집, 2000.
- 석광현, 헤이그국제사법회의민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한협약 예비초안, 국제사법연구 제5집, 2000.
- 왕상한, “WTO 보건의료서비스 협상과 주요 쟁점”, 경영법률, 2002.
- 왕상한, “WTO보건의료 협상과 주요 쟁점”, 통상법률 통권 제48호(2002. 12), 법무부, 2002.
- 외교통상부, WTO DDA 서비스협상 1차 양허안(Initial Offer) 해설자료, 2003, 3.
- 우지숙·민은주·석광현·권현영, 인터넷상 국가간 법적 관할권과 준거법 및 시행에 관한 연구, 정보통신정책연구원, 1999. 12.
- 유시원, “원격의료의 동향과 대응방안”, 보건복지포럼 통권 제69호, 한국보건사회연구원, 2002. 7.
- 이상학, “우리나라 서비스 交易의 構造와 推移”, 대외경제정책연구원, 1991.
- 이인영, “전자의무기록과 사생활비밀보호”, 대한의료정보학회 2000년 추계 학술대회 워크샵 연제집, 2000.
- 장준혁, “21세기 국제사법-섭외사법 개정 법률안의 검토”, 한국국제사법학회, 제8차 연차학술대회 자료집.

- 정기택, “미국병원의 영리법인화 유형과 추세”, 대한병원협회지, 2002. 9,10 월호.
- 정영호, “도하개발 아젠다하에서 보건의료서비스분야의 대응방안”, 보건복지포럼 통권 제76호, 한국보건사회연구원, 2003. 2.
- 천병철, “인터넷을 이용한 의료-현황과 전망”, 대한의사협회지 제45권 제1호, 2002. 1.
- 채영문, “보건의료정보의 법제도 개선방향”, 보건의료정보화의 과제와 미래 심포지움, 2001;15.
- 한충수, “21세기 국제사법-섭외사법 개정법률 안의 검토”, 한국국제사법학회, 제8차 연차학술대회 자료집, 2000. 11.

II. 外國文獻

- A. Mejia, H. Pizurki, E. Royston, Physician and nurse migration, WHO, Geneva, 1979.
- Alastair M. Geray and Victoria L. Philips, “Nursing in the European Labour Market : an Economic Perspective”, in C.E.M. Normand and P. Vaughan Editors, Europe Without Frontiers. John Wiley and Ltd., 1993.
- AMA, Report of the board of trustees, B of T Report, 35-A-99, 1999.
- B.II. § 7, Par. 3; German Model Regulation for the Professional Code. *Black's Law Dictionary*, 7th ed.(1999), West Publishing Co.
- Catherine Kessedjian, Electronic Commerce And International Jurisdiction 및 Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce <<http://hcch.net/doc/jdgmpd7.doc>>.
- Conference: Jurisdiction : Building Confidence in a Borderless Medium, Montreal, Canada 26-67 July 1999 및 Conference: Jurisdiction II:

Global Networks / Local Rules, San Francisco, California, 11-12 September 2000.

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

Directive 77/452/EEC on nurses responsible for general care, Directive 78/1026/EEC on veterinary surgeons, Directive 80/154/EEC on midwives, Directive 85/433/EEC on pharmacists.

Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, WTO Restricted S/WPPS/W/21, 1998.11.30.

Douglas E. Goldstein, 김성권 역, e Healthcare, 고려의학, 2001.

E-5.025 Physician Advisory or Referral Services by Telecommunications.

EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels 1968.

Ethical Guidelines in Telemedicine(CP 97/033), 1997. 4.

GATT documents, MTN.TNC/W/35/Rev.1(3 December 1990).

GATT Panel Reports, “Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes”, BISD 37S/200(Adopted 7 November 1990).

GATT Panel Reports, “United States Section 337 of the Tariff Act of 1930”, BISD 36/345(Adopted 7 November 1989), para. 5.26.

GATT Panel Reports, “United States-Imports of Certain Automotive Spring Assemblies”, BISD 30S/107(Adopted 26 May 1983).

Goldberg I.V., Electronic “medical records and patient privacy”, Health Care Manag(Frederick),2000 Mar, 18(3):63-9.

Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Part One 2.

Health on the Net Foundation code, <http://hon.ch./HONcode/Guidelines/gu>

idelines.html.

James G.H peter D.J “Legal Issues Concerning Electronic Health Information Privacy”, Quality, And Liability, JAMA, October 20.1999.282(15).

Kötz Deliktsrecht, 3Aufl., 1983.S. 29f.

Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade(Ch. 9 Trade in Service)*, London & New York: Routledge, 1995.

Montana Code. Sec. 37.3.301.

OECD The Code of Liberalization of Current Invisible Operation, D. Insurance D/6.

OECD, “Report by the High Level Group on Trade and Trade-related Problems”, 1973.

Pierre Sauve, “Assessing the General Agreement on Trade in Services Half-Full or Half-Empty?”, v.29 Journal of World Trade 125, 1995.

Providing advice and medical services on-line or by telephone. 1998. 11.

TD/B/COM.1/EM.1/2; Commission of the European Communities, Report to the European Parliament and the Council on the state of the general system for the recognition of higher education diplomas, Brussels, 15 February 1996, COM(96) 46 final, para. 23.

The World Development Report of 1993 : Investing in Health , quoted by : H. Ashok Chandra Prasad, Rajendar Kapoor, Trade in Invisibles : An Indian Perspective, Commonwealth Publishers, New Delhi, 1996.

West Virginia Code. sec. 30.3.13.

Williams J. Drake and Kalypso Nicolaidis, “Ideas, Interests and Institutionalization : Trade in Services and the Uruguay Round”,

International Organization 46.1, 1992, winter.
World Dictionary of Medical Schools, Sixth Edition, WHO, 1988.
WTO Council for Trade in Services, “Health And Social Services-Background Note”, S/C/W/50(18 September 1998).
WTO Secretariat, “Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services”, S/C/W/96(1 March 1999).
WTO, “SERVICES SECTORAL CLASSIFICATION LIST”, MTN.GNS/W/120(10 July 1991).
WTO, S/C/W/59.
Zolot. J.S, Computer-based patient records, *AJN*, 1999; 99(12): 64.

道垣内正人, ミックス條約としての國際裁判管轄及び外國判決承認執行條約案の作成(上)(中)(下).

神前禎, “電子商去來の 準據法”, *ジュリスト*1183 號(2000.08).

醫療經濟研究機構, 醫療白書(2002年版), 日本醫療企劃, 平成14年.

藤田耕司, “國際電子商取引に關する法律問題”, *自由と正義*(1998. 3.).

道垣内正人, “サイバースペースと國際私法-準據法及び國際裁判管轄問題”, *ジュリスト* No.1117 (1997. 8. 1).

小川秀樹=小堀悟, 「民事及び商事に關する裁判管轄及び外國判決に關する條約準備草案」をめぐる問題, *NBL* No. 699(2000. 10. 15.).

정보통신기기를 이용한 진료에 대해서(후생성고시 제1075호). 1997. 12. 24.

醫療法制研究會, 醫療政策六法(日本), 中央法規, 平成15年.

ハーグ 國際私法會議二〇〇〇 年條約案, *ジュリスト*1162, 1163, 1164 號(1999.09).

기타

대법원1972. 4. 20. 선고71 다248 판결.

대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결.
대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결.
대법원 1997. 9. 9. 선고 96 다20093 판결.
대판 1995. 1. 20[94다3421](법원공보 986호, p. 140.).
대판 1995. 2. 10[93다52402](법원공보 993호, p. 24).
대판 1995. 1. 20[94다3421](법원공보 986호, p.140.).
대판 1995. 2. 10[93다52402](법원공보 988호, p.83.).
대판 1995. 12. 5[94다57701]: 판례공보 제2호.
보건복지부 건강증진국 구강보건과, 중국출장보고서, 2002.11.

[표 3-1] 보건의료서비스 분야의 양허 현황

국 명	양 허 업 종	공급형태별 특징	주 요 제 한 사 항
미국	병원 및 기타의료 시설	1:×, 2:○, 3:△	<ul style="list-style-type: none"> · 병원·의료시설설립, 의료장비조달 등에 대해 ENT 적용 · NY에서는 회사법인의 병원, nursing home, 치료센터 등의 소유금지
EC	의사, 치과의사, 조산사	1:×, 2:○, 3:△	<ul style="list-style-type: none"> · D: 치과의사에 대해 ENT · E,I,P,IRL : 자연인으로만 가능 · F : SEL, SCP의 형태만 허용 · GR,P,F,D : 국적요건
	수의사	1:×, 2:○, 3:△	· D,DK,E,P,I : 국적요건
	약사	1:×, 2:○, 3:△	<ul style="list-style-type: none"> · D,DK,E,GR,L,NL,P,I: 자연인으로만 가능 · B,DK,IRL,P,E,I :ENT · F: SEL, SNC, SARL 형태만 허용 · D:기존약국 인수만 허용
	병원	1:×, 2:○, 3:△	<ul style="list-style-type: none"> · B,F,I,L,NL,E: 병상수에 대해 ENT · GR: 공공병원에 대해 국적요건 · F: 경영진 사전승인
	요양·휴식·실버하 우스	1:×, 2:○, 3:△	· F: ENT, 경영진 사전승인
일본	병원	1:×, 2:○, 3:△	· 외국자본 참여만 제한없이 허용
호주	치과의사, 수의사	1·2·3 :○	
	podiatry, chiroprady	1:×, 2:3:○	
폴란드	의사, 치과의사, 간 호사, 조산사	1·2·3 :△	· mode1,2에 대해 공공의료보험 적용배제 국적요건, 허가필요(의사, 치과의사)
	수의사	1·2:○, 3:△	· 국적요건 및 허가요건
	병원, sanatorium	1:×, 2:3:△	· mode2에 대해 공공의료보험 적용배제, 기관장은 의사자격 충족해야 함, 국적요건, 허가필요

[표 3-2] 보건의료서비스 분야의 양허 현황

국명	양허업종	공급형태별 특징	주요제한사항
체코	의사, 치과의사, 수의사	1:×, 2:○, 3:△	· 자연인으로만 가능, 승인요건
헝가리	의사, 치과의사	1·2·3 :○	
	보건관련서비스	1·2·3 :○	
아르헨티나	양허없음		
브라질	양허없음		
칠레	양허없음		
멕시코	의사, 치과의사	1·2:○, 3:△	
	민간병원, 의료진 단 랩, other private services, 치과 보철랩	1:×, 2:○, 3:△	지분상한 49%

※ 주 : ○ 전면개방, △ 부분개방, × 미개방

※ 공급형태 4의 경우 수평적 양허에 기재된 사항 이외에는 미개방

※ 출처 : 김준동, “WTO 보건의료서비스의 양허현황 및 규제이슈”, 대한의사협회 발표자료, 2002. 3. 27.

감사의 글

의욕하나로 지금까지 살아왔던 날들이었습니다. 직장생활하며 배우는 일이 좋아 지금까지 오게 되었습니다. 이일을 하다 보니 알게 모르게 주변의 동료들에게 피해가 간 적이 많았을 것입니다. 여러분들이 예쁘게 봐 주셨기에 오늘에 까지 올 수 있었음을 감사드립니다.

부족한 사람에게 이일을 완성하도록 다구치며 하게 하신 최홍배 지도교수님, 부족한 글을 질책하며 끝까지 지켜봐 주신 이윤철 교수님, 말없이 격려해 주시며 한 수 가르쳐 주신 최석윤 교수님, 형편없는 글에도 불구하고 참으시며 꼼꼼하게 지도해 주신 전정기 교수님, 약해지는 마음을 끝까지 붙들어 주시며 믿고 지도해 주신 채형복 교수님께 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

아울러 대학원 과정을 통해서 학문의 길을 밝혀 주신 한병호 교수님, 황정원 교수님, 김영구 교수님, 신종철 교수님, 정영석 교수님께 감사드립니다. 그리고 같은 길을 걸으며, 아껴주며 격려해 주던 대학원 전상구, 김종성 등의 원우들께도 감사드립니다.

끝으로 이일을 핑계로 자주 찾아뵙지 못한 어머님께 사죄하며 이글로 감사함을 대신합니다. 그리고 의논 없이 배우는 일을 시작하는 이 사람에게 큰 걱정없이 지켜봐 주며 후원해 준 아내와 함께할 시간을 자주해 주지 못한 아이들에게 이 작은 결실의 공을 돌리는 바입니다.

2004년 1월 3일

한국해양대학교 대학원
해사법학과 정동진