의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석

노 태 헌*

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 용어의 정리
1. 본고에서 사용할 용어
2. 각 개념의 구별기준
Ⅲ. 무면허의료행위금지에 관한 판례의 태도-일반론
1. 무면허의료행위 금지규정의 개정 연혁
2. 무면허의료행위 금지에 관한 판례의 변화 과정
3. 헌법재판소의 입장
Ⅳ. 비의료인의 무면허의료행위
1. 의제의료행위
2. 의료인접분야 자격자의 의료행위
Ⅴ. 의료직역 사이의 업무 영역
1. 전반적인 고찰
2. 한의사와 의사, 치과의사 사이의 업무영역
3. 의사와 치과의사 사이의 업무영역
4. 의사와 조산사, 의사와 간호사 사이의 업무영역
Ⅵ. 정당행위
Ⅶ. 맺으며

* 논문접수: 2010. 11. 7. * 심사개시: 2010. 11. 10. * 게재확정: 2010. 12. 10.
* 서울중앙지방법원 판사
* 독일법과 미국법에 대하여 도움을 주신 외국어대학교 이병준 교수님과 대법원 재판연구관 김건식 박사님께 감사드립니다.

I. 들어가며

의료행위는 사람의 생명과 건강을 다루는 중요한 행위임에도, 그 범위가 워낙 넓고, 의료의 발전으로 인하여 그 개념이 확대되거나 축소될 수 있어 이를 일률적으로 정의하기가 쉽지 않으므로 개념 정의에 있어서는 어느 정도 추상적인 개념을 사용하되 개별 사안에서 이를 구체화할 수밖에 없는 측면이 있고, 판례도 이러한 방식으로 의료행위를 정의하여 왔다. 그런데 사안에 따라 판례가 의료행위를 너무 넓게 해석하고 있다는 비판도 있는 듯하다. 특히 최근 장병두 옹[1]이나, 김남수 옹[2]의 사건이 계속 중인 상태에서 의료행위에 대한 대법원 판례에 대한 관심이 증가하고 있으므로, 최근 관심의 대상이 되고 있는 무면허의료행위 금지조항에서의 의료행위에 대한 판례의 태도를 분석, 정리할 필요가 있다.

그런데 의료관계법령과 판례는 '의료'의 의미를 여러 가지 의미로 사용하고 있어 그 중 어떤 의미로 의료라는 용어를 사용하는지를 명확히 하지 않으면 혼란이 있을 수 있으므로, 본고에서는 먼저 본고에서 사용할 용어를 명확하게 구분하고자 한다(2장).

장병두 옹이나 김남수 옹의 경우에서 보는 바와 같이 의료행위의 개념과 관련하여 가장 첨예한 관심의 대상이 되는 것은 무면허의료행위 금지조항이다. 그런데 의료법은 무면허의료행위 금지와 관련하여 두 차례의 커다란 변화가 있었다. 그러므로 먼저 무면허의료행위 금지 전반에 걸친 의료법의 개정 연혁을 간략히 정리한 후 의료법의 변화에 따른 판례의 변화 과정 및 최종적으로 정리된 판례의 의료행위에 대한 정의에 관하여 헌법재판소의

---

1) 한의사 면허 없이 한방 의료행위를 하였으나 환자들 중 치료효과를 보았다는 사람이 있어 그 정당성 여부가 문제된 사안, 1심(전주지법 군산지원 2006. 12. 28. 선고 2006고단997)과 2심(2007. 10. 12. 선고 전주지법 2007노33) 모두 유죄판결, 대법원 2007도8924로 계류 중.

2) 침사자격증만 있고 구사의 자격이 없는 자가 뜸 시술을 하였다는 이유로 침사 자격정지 처분이 발령되자 그 취소를 구하는 사건, 1심(서울행정법원 2009. 5. 20. 선고 2008구합48374) 원고 패소, 2심(서울고등법원 2009누15519 사건) 계류 중.

결정례는 어떠한 입장을 취하는지 살펴본다(3장).

이후 각론으로서 비의료인의 무면허의료행위에 대한 규제(4장)와 의료인 사이의 업무영역(5장)에 대하여 본 후, 처벌범위의 확대를 제한하기 위한 위법성조각의 법리(6장)에 대하여 검토하기로 한다.

II. 용어의 정리

1. 본고에서 사용할 용어

의료관계법령에서는 의료, 치과 의료, 한방 의료라는 용어와 의료행위라는 용어, 보건의료라는 용어를 사용하고 있다. 그런데 통상적으로 '의료행위'라 하면 '의료(의료법 제2조 제2항 제1호)를 행하는 것'을 의미한다 할 것임에도 의료법은 의료(의료법 제2조 제2항 제1호)와 의료행위(의료법 제12조, 제27조)를 서로 다른 의미로 사용하고 있고, 보건범죄단속에관한특별조치법에서는 의료행위를 의료법 제2조 제2항 제1호와 같은 의미로 사용하고 있는 등(보건범죄단속에관한특별조치법 제5조), 용어의 사용에 있어 일정한 원칙이 없는 것으로 보인다. 따라서 본고에서 의료라는 용어의 사용에 있어 어떤 의미로 의료라는 용어를 사용하였는지에 관한 혼란을 피하기 위하여는 이를 명확히 구분하여 사용할 필요가 있다.

의료관계법령에서 언급하는 용어 중 보건의료(보건의료기본법 제3조 제1호 내지 제3호)의 개념은 국민의 건강을 보호, 증진하기 위한 모든 활동을 포괄하는 것으로서 가장 넓은 의미이다. 그런데 본고는 의료인이 아닌 자에게 금지되는 행위의 범위를 논하고자 하는 것이므로, 보건의료의 개념은 포괄적이고 총체적인 의미로서 별개의 개념으로 두고, 편의상 보건의료활동 중에서 무면허의료행위 금지(의료법 제27조)의 대상으로 포섭될 수 있는 의료행위만을 다음과 같이 최협의부터 최광의까지 구분하여 사용하기로 한다.

가. 최협의의 의료

의료인 중 의사 직역이 의료인으로서 행하는 의료행위를 말한다(의료법 제2조 제2항 제1호).

나. 협의의 의료

의료법 제2조 제2항 제1호에서 정하는 의료와 같은 항 제2호에서 정하는 치과 의료, 같은 항 제3호에서 정하는 한방 의료를 포괄하는 개념이다(보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조의 규제범위).

다. 광의의 의료

의료법상의 의료인에 해당하는 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사가 행하는 의료기술을 총칭하는 개념이다(의료법 제12조).

보건지도(의료법 제2조 제2항 제1호), 구강 보건지도(의료법 제2조 제2항 제2호), 한방 보건지도(의료법 제2조 제2항 제3호), 보건과 양호지도(의료법 제2조 제2항 제4호), 보건활동(의료법 제2조 제2항 제5호)은 보건의료의 개념에는 포함되지만, 대개의 경우 의료기술의 시행으로 이루어지는 것은 아니므로 그러한 경우에는 광의의 의료에 포함되지 않는다.

의료법 제82조에 규정된 안마가 광의의 의료에 포함되는지 여부는 추후 상세히 검토하기로 한다.

라. 당연의료, 의제의료, 최광의의 의료

의학, 한의학, 치의학, 조산학, 간호학 등 제도적 의료(광의의 의료)의 영역에서 사람의 건강을 보호하고 증진시키기 위하여 이루어지는 행위를 '당연의료'라 하고, 당연의료 외에서 이루어지는 행위 중에서도 국민의 건강을 보호, 증진시키기 위하여 지도, 감독이나 규제가 필요한 행위를 '의제

의료'라 한다.

최협의의 의료, 협의의 의료, 광의의 의료 모두에 당연의료에 대응하는 의제의료를 상정할 수 있다. 본고에서는 그 중 협의의 의료에 대응하는 의제의료를 광의의 의료와 합하여 '최광의의 의료'라 한다.

협의의 당연의료에 대응하는 의제의료로는 질병의 진단, 치료, 예방 등 협의의 당연의료와 동일한 목적으로 이루어지는 '보완대체의료'[3] 외에, 제도적 의료 영역에서 질병의 진단, 치료, 예방 외의 목적으로 이루어지는 '확장된 의료',[4] 환자의 건강에 대한 이익보다 부작용의 위험 등이 더 크거나 위험 대비 효과가 더 큰 의료가 개발되어 제도적 의료 영역에서도 이루어지면 안 되는 '금지된 의료',[5] 문신과 같이 확장된 의료에 대한 보완대체적 의미에서의 '비의료시술' 등 보건위생을 해할 수 있는 다양한 형태의 의료가 혼재하고 있다.

---

3) 이에 대하여, 의과대학에서 광범위하게 교육하지 않거나 병원에서 일반적으로 행하지 않는 의학적 요법으로 또는 의약품이나 화학적 치료가 아닌 방법으로 병을 치료하는 자연요법을 총칭하는 용어로서 정통의학과는 상대적인 개념이라거나(조성준, "도시와 농촌지역에서 대체의료현황 비교", 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제28면), 정통적 의학 이외의 모든 비주류 의학과 민간요법을 통틀어 지칭한다거나(전세일, "대체의학의 현황과 전망", 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제21면) 보건위생관련 행위 중에서 제도적 주류의료(서양의학의료와 한방의료)와 일상생활성 의료행위를 제외한 일체의 것을 말한다고 정의하고 있고(석희태, "보완대체의료의 법적 평가", 『의료법학』, 제6권 제1호, 제154면), 1998년에 설립된 미국 국립보건원(National Institute of Health) 산하 국립보완대체의료센터(National Center for Complementary and Alternative Medicine, NCCAM)는 보완대체의료(Complementary and Alternative Medicine, CAM)를 '현재 정통의료의 분야로 고려되지 않는 다양한 보건의료체계, 시술, 제조물 등의 집합체'(a group of diverse medical and health care systems, practices, and products that are not presently considered to be part of conventional medicine)라고 정의하고 있다. 이상 석희태, 상게논문, 제154~155면에서 재인용. 보완대체의료는 당연의료에 대신해서 실시되는 의료를 대체의료, 당연의료와 병행하여 실시되는 의료를 보완의료로 나누어 볼 수도 있다.

4) 예컨대, 질병의 정도에 이르지 아니한 사람에 대한 체중감량을 위하여 약제를 처방하는 행위, 미용을 위하여 이루어지는 성형수술 등.

5) 예컨대, 안구미백 시술은 부작용의 위험이 커서 대한안과학회에서 회원들에게 시술의 자제를 촉구하는 공문을 보낸 바 있고, 관절염 환자에게 금(gold)을 처방하는 것은 위험이 더 적은 약제의 개발로 인하여 현재 사용되지 않는다.

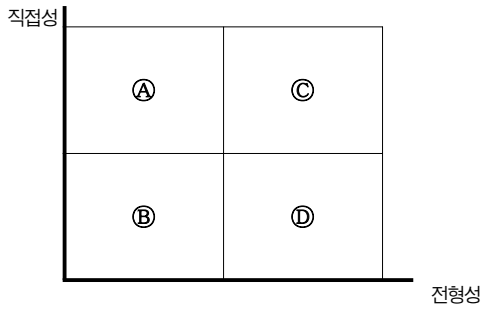
마. 보건의료

국민의 건강을 보호, 증진시키기 위하여 이루어지는 모든 활동을 의미한다. 보건의료기본법은 최광의의 의료 중 국가, 지방자치단체, 보건의료기관 또는 보건의료인 등에 의한 활동을 규정하고 있다. 여기서 보건의료인은 의료인(의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사) 외에도 한지의료인(의료법 제79조), 간호조무사(의료법 제80조), 의료유사업자(의료법 제81조), 안마사(의료법 제82조), 약사와 한약사(약사법 제2조 제2호), 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사 등 의료기사와 안경사(의료기사등에관한법률 제1조, 제2조), 응급구조사(응급의료에관한법률 제36조), 정신보건전문요원(정신보건법 제7조) 등이 모두 포함될 수 있다.

2. 각 개념의 구별기준

위와 같이 의료라는 용어에 관하여 다양한 개념이 혼재하고 있어 이를 일률적으로 구별할 수는 없을 것이지만 개략적이나마 도식적으로 나누어 보면 다음과 같다. 이렇게 개념을 명확히 구분하는 것은 현재 용어의 혼란으로 인하여 혼란스럽게 규율되고 있는 무면허의료행위의 규제에 관한 법제를 향후 어떻게 체계화하고 법제화할 것인지에 대하여도 상당한 시사점

〈그림 2-1〉 보건의료의 구별 기준



을 던져주는 등 도움이 될 수 있다.

먼저 협의의 의료에 관하여 당연의료행위와 의제의료행위는 아래 그래프와 같이 나눌 수 있다. 그래프에서 세로축은 건강의 보호, 증진을 위하여 질병의 진단, 예방, 치료라는 직접적인 방법을 사용하느냐, 환자에 대한 조력 등 간접적인 방법을 사용하느냐를 표시하고, 가로축은 전통적인 의료의 전형적인 형태인가, 아닌가를 표시한다.

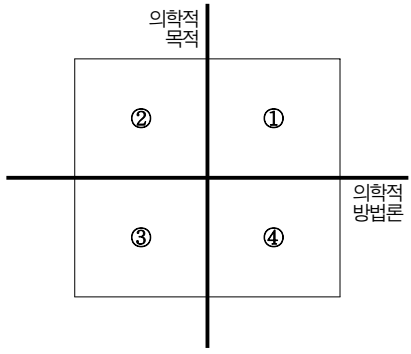
Ⓐ는 의학, 치과의학, 한방의학적 기술에 의하여 병을 진단, 치료, 예방하는 협의의 의료를 표시하고, Ⓑ는 병의 진단, 치료, 예방 등을 위한 것은 아니지만 조산, 간호 등 제도권 내의 의료기술의 시행을 표시한다.

Ⓒ는 협의의 의료에 대응하여 제도권 의료가 아닌 방법으로 병을 진단, 치료, 예방하는 행위나, 제도권 의료(협의)의 방법을 사용하되 병의 진단, 치료, 예방을 위한 행위 등 협의의 당연의료행위에 대응하는 협의의 의제의료행위를 표시하고, Ⓓ는 Ⓑ영역에 대응하는 의제의료행위(정신보건전문요원 등의 보건의료행위 등)을 의미한다.

Ⓐ와 Ⓑ가 제도권 의료에서 인정하는 당연의료행위가 되고, 여기에 협의의 의료에 대응하는 의제의료행위인 Ⓒ를 합하면 최광의의 의료행위가 되며, 여기에 Ⓓ영역까지 합하면 보건의료의 전 영역이 될 것이다.

한편, 의제의료행위에는 다양한 종류의 행위가 포함되어 있는데, 이를

〈그림 2-2〉 의제의료행위의 분류



분류할 필요성도 있다. 협의의 당연의료행위와 이에 대응하는 의제의료행위를 구분하면 위의 〈그림 2-2〉 그래프와 같다. 그래프에서 가로축은 의학적 방법론에 의한 것인지, 아닌 것인지를 표시하고, 세로축은 의학적 목적(진단, 치료, 예방 목적)을 위한 것인지 아닌 것인지를 표시한다. ①영역은 의학적 방법론에 의하여 의학적 목적을 위하여 이루어지는 당연의료를, ②영역은 의학적 방법론에 의하지 않고 의학적 목적을 위해 이루어지는 보완대체의료를, ③영역은 의학적 방법론에 의하지 않고 치료 외의 목적으로 이루어지는 비의료시술을, ④영역은 의학적 방법론에 의하되 치료 목적을 위한 것이 아닌 확장된 의료를 의미한다. 금지된 의료는 건강의 보호, 증진을 위한 치료효과가 부정적인 경우를 의미하는 점에서 위 4개 영역과 대비된다(x축과 y축 외에 치료효과를 기준으로 하는 별도의 z축을 상정하면 음의 영역에 위치하게 된다).

III. 무면허의료행위 금지에 관한 판례의 태도-일반론

현행 의료법 제27조의 문언과 판례의 태도를 종합하여 보면, 위 조문은 일응 광의의 의료행위를 금지하는 규정으로 보인다. 그런데 무면허의료행위 금지에 관한 규정체계는 1951. 9. 25. 구 국민의료법(이하 '제정법'이라 한다.)이 제정된 이후 1962. 3. 20. 법률 제1035호(이하 '1962년 법'이라 한다.)에 의하여 의료법으로 전부개정되면서 큰 변화가 있었고, 또한 1973. 2. 16. 법률 2533호(이하 '1973년 법'이라 한다.)로 전문개정되어 현행법과 유사한 틀을 갖추면서 다시 한 번 커다란 변화가 있었다. 따라서 판례의 태도를 해석함에 있어 법률의 개정연혁은 매우 중요하므로, 1962년 법과 1973년 법 중 주요 내용을 별지로 소개하고, 본고에서 판례의 태도를 검토함에 있어서도 먼저 이러한 법률의 개정과정에 대하여 살펴본 후 판례의 입장을 분석하여 보기로 한다.

1. 무면허의료행위 금지규정의 개정 연혁

제정법은, 의료인이라는 용어를 사용하지 않고 의료업자라는 용어를 사용하면서 의료업자로 의사, 치과의사, 한의사, 보건원, 조산원, 간호원을 두고(제2조), 각 직역의 임무는 제정법 시행세칙 제1조에서 규정하고 있으며, 무면허의료행위 금지와 관련하여서는 "의사가 아니면 의업을, 치과의사가 아니면 치의업을, 한의사가 아니면 한의업을, 조산원이 아니면 조산업을 행할 수 없다"(제40조)고 규정하는 한편 처벌규정에서 '제40조를 위반한 자'(제62조) 외에도 '의료업자의 면허 없이 의료업을 행한 자'를 처벌하는 규정(제60조)을 별도로 두었다.

위 각 규정을 조화롭게 해석하면, 일반인의 의료행위금지는 제정법 제60조에 의하여 처벌되고, 의료업자의 면허를 가진 자가 면허 외의 업을 한 경우에는 제40조, 제62조에 의하여 처벌되는 것[6]으로 해석함이 상당하다. 따라서 일반인의 간호업은 금지되지만, 의사, 치과의사, 한의사, 조산원의 간호업은 금지되지 않는다.

또한 접골사, 침사, 구사, 안마술업자를 모두 의료유사업자라 하여(현행법은 의료유사업자와 안마사를 구분하여 규정하고 있다.) 법률상의 근거를 마련하는 한편,[7] 부칙에 의하여 의생은 한의사로, 보건부는 보건원으로, 산파는 조산원으로, 간호부는 간호원으로 각 개칭하고(부칙 제3조), 기존에 취득한 의료업자면허증 등은 제정법에 의하여 취득한 것으로 간주(부칙 제6조)하는 규정을 두었다.

1962년 법은, 의사, 치과의사, 한의사, 조산원, 간호원만을 의료업자로 규정하고(제2조), 각 직역에 따른 임무를 법으로 규정하여(제3조 내지 제7조), 의료인의 규정에 관하여는 현행 법의 틀이 형성되었다.

---

6) 즉, 제60조는 현행법 제27조 중 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며" 부분, 제62조는 현행법 제27조 중 "의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다" 부분에 대한 처벌을 별도로 규정한 것.

7) 주무부령으로 정하도록 되어 있고, 이에 따라 1960. 11. 28. '의료유사업자령' 및 '접골사·침사·구사·안마사자격시험규정'이 제정되었다.

또한, 의료행위와 관련하여, 의료라는 용어는 최협의(치과 의료, 한방 의료에서 사용되는 의료의 용법까지 포함하면 협의, 이하 같다)의 의료를 의미하는 용어로만 사용하고 광의의 의료를 의미하는 의료행위라는 용어는 사용하지 아니하였으며, 무면허의료행위 금지와 관련하여, '무면허자의 의료업무금지'라는 제목 하에 "의사가 아니면 의료를, 치과의사가 아니면 치과의료를, 한의사가 아니면 한방의료를, 조산원이 아니면 조산업무를, 간호원이 아니면 간호업무를 행하지 못하며 또한 각 그 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다"고 규정하여(제25조) 협의의 의료에 관하여는 업무라는 용어를 사용하지 않았다.

또한 제정법과 달리 처벌규정에서 무면허의료행위에 대한 벌을 별도로 정하지 않고, 제25조 위반의 죄에 대한 처벌만 규정하여 제25조를 의료업자 뿐 아니라 일반인에 대한 금지규정으로 활용하면서, 간호업무를 금지대상에 포함시킴으로써 간호원이 아닌 다른 의료업자가 간호업을 하는 것이 금지되었다(그러나 건강을 보호하기 위하여 의사가 간호업을 하는 것을 금지하여야 하는지는 의문이다).

한편, 의료유사업자에 관한 법률상의 근거조항을 삭제하고, 한지의사, 의료유사업자 등에 관하여는 부칙 제3조에서 종래의 의료상 권리를 유지하는 것만 인정하였다.

1962년 법은 이후 의료인과 무면허의료행위 금지조항은 1965. 3. 23. 법률 제1690호로 일부개정되면서 제69조의2로 한지의료업자에 대한 명시적인 예외조항이 추가된 것 외에는(그 전에도 국민의료법 부칙 제3조, 제6조의 해석상 한지의료업자의 해당 직역에서의 의료행위는 허용되었다. 대법원 1961. 8. 9. 선고 4293형상474 판결 참조) 그 틀을 유지하였고, 보건범죄단속에관한특별조치법은 1969. 8. 4. 법률 제2137호로 현재와 같은 체계로 제정되었다.[8)]

8) 현행법과 큰 차이가 없다.

1973년 법은, 처음으로 의료인(제2조) 및 의료행위(광의의 의료)라는 용어를 사용하고(제4조), 무면허의료행위 금지와 관련하여 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정하는 한편, 의료보조원법(1963. 7. 31. 법률 제1380호로 제정)에서 규율하던 간호보조원(제57조, 현행 간호조무사) 제도를 의료법에 편입하고, 의료유사업자(제59조),[9] 안마사(제62조)에 관한 규정을 본문에 규정하여 현행 법의 틀을 갖추었으며, 이후 무면허의료행위 금지조항이 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 일부개정되면서 제25조로 바뀌고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정되면서 제27조로 바뀌는 등 조문순서의 변경과 용어의 순화 외에는 큰 변화 없이 현재까지 유지되고 있다(이하 현행법이라 한다.).

다만, 안마와 관련하여서는 별도의 처벌조항을 두고 있지 않다가 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 일부개정하면서 안마사의 자격인정을 받지 않고 시술을 목적으로 안마업무에 종사한 자를 처벌하는 규정을 신설하였고, 이후 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 일부개정하면서 영리를 목적으로 안마행위를 한 자를 처벌하는 것으로 변경되었다.

위와 같은 의료관계 법령의 변천과정을 대략적으로나마 정리하면 다음과 같다. 의료법의 개정연혁 중 무면허의료행위에 관한 초기의 규정을 보면, ① 의료업, 의업, 치의업, 한의업, 조산업 등 ‘업’을 금지하는 것으로 규정되어 있는 점(이후 의료, 치과 의료, 한방 의료부터 ‘업’을 금지하지 않고 행위를 금지하는 것으로 바뀌었다), ② 일반인에 대하여는 포괄적으로 의료업을 금지하는 반면, 의료인에 대하여는 그 금지의 범위가 좁은 점, ③ 영리 목적 등을 요건으로 하는 가중처벌 규정이 없었던 점, ④ 안마사를 접골사 등 유사의료업자와 함께 규정하는 점 등의 특징을 볼 수 있다.

---

9) 이에 따라 ‘간호조무사·의료유사업자 및 안마사에 관한 규칙’이 1973. 10. 31. 제정되었다가 1984. 10. 15. ‘간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙’과 ‘안마사에 관한 규칙’으로 분리되었다.

		제정법	1962년 법	1973년 법
의료인 (의료업자)		의사, 치과의사, 한의사 조산원, 간호원, 보건원	보건원만 삭제됨	좌동
무면허 의료 행위	일반인	의료업	일반인, 의료인 구분 없이 의료, 치과의료, 한방의료, 조산업, 간호업 일괄 금지	의료행위
	의료인	의업, 치의업, 한의업, 조산업은 처벌		면허 외 행위 일괄금지
		간호업, 보건업은 처벌 규정 없음		
가중처벌(영리, 업)		규정 없음	의업, 치의업, 한의업(70' 제정)	
유사의료업자		접골사(의사 지도) 침사, 구사(한의사 지도)	의료법 규정 삭제 (기존 자격은 인정)	접골사,침사,구사 의료법에 규정
		안마사(지도 不要)		안마사(분리)
의료보조원		규정 없음	의료기사 (62' 의료기사법 제정)	의료기사 (의료기사법)
			간호보조원 (66' 의료기사법 개정)	간호보조원 (의료법)

다음 항에서 판례의 태도를 봄에 있어서도 ① 무면허의료행위 금지규정이 업무성을 요건으로 하는지, 이와 관련한 쟁점으로 타인성을 요건으로 하는 것인지, ② 의료행위의 의미와 범위에 관한 판례의 태도가 위 법령의 변화에 따라 어떻게 해석되는지를 우선적으로 검토하고, 이후 ③ 가중처벌 규정에 관한 판례의 태도와 ④ 안마행위와 의료행위의 관계를 어떻게 설정할 것인지에 대한 판례의 태도를 검토하기로 한다.

2. 무면허의료행위 금지에 관한 판례의 변화 과정

가. 업무성 요건

(1) 제정법 하에서의 해석

제정법은 무면허의료행위 금지와 관련하여 의료 '업'을 금지대상 행위로 규정(제60조)하는 등 '업'을 구성요건으로 규정하고 있다. 이는 "의사가 아니면 의업을 해서는 안 된다"(의사법 제17조), "치과의사가 아니면 치과의업을 해서는 안 된다"(치과의사법 제17조), "보건사가 아닌 사람은 보건사

또는 이것에 유사한 명칭을 사용하고, 제2조에 규정하는 업을 해서는 안 된다"(보건사 조산사 간호사법 제29조), "조산사가 아닌 사람은 제3조에 규정하는 업을 해서는 안 된다"(위 법 제30조), "간호사가 아닌 사람은 제5조에 규정하는 업을 해서는 안 된다"(위 법 제31조)고 규정하고 있는 일본 의사법의 영향을 받은 것으로 보인다. 이 당시의 무면허의료행위 금지에 관련된 판례는 흔치 않고 업무성에 대하여 설시한 판례를 찾을 수 없었지만, 일본에서는 '업'의 의미에 관하여 반복계속의사설이 확립된 판례, 통설이고, 우리나라의 경우도 달리 해석할 이유는 없는 것으로 보인다.

(2) 1962년 법 하에서의 판례

1962년 법 제25조는 제정법과 달리, 의업 대신에 의료, 치과의업 대신에 치과 의료, 한의업 대신에 한방 의료라는 용어를 사용하고 있으면서도 조문의 제목으로는 '무면허자의 의료업무금지'라고 규정하고 있어, 협의의 의료에 관하여도 업무성을 요건으로 하는 것인지 그렇지 않은 것인지 불명확하게 규정되어 있었다.

이에 대하여 판례는, 1962년 법 제25조가 같은 법 제4장 '의료업무' 안에 자리잡고 있고, 같은 조문에는 '조산업무', '간호업무'라는 말이 사용되어 있음을 고려하면, 조문 제목에 명시한 바와 같이 무면허자의 의료업무를 금지하는 규정으로서 최협의의 의료에 관하여도 업무로서 행하여진 경우에만 금지된다는 입장을 보였다(대법원 1966. 9. 20. 선고 66도928 판결, 대법원 1970. 5. 12. 선고 70도702 판결, 각 상고기각). 이는 협의의 의료에 관하여도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

(3) 1973년 법 하에서의 판례

1973년 법은 광의의 의료행위를 규정하여 이를 무면허의료행위 금지의 대상으로 삼고, 종전 법이 협의의 의료에 관하여만 업무를 그 요건에서 배

제하는 것처럼 규정한 것과 달리 모든 의료행위에 관하여 업무의 개념을 사용하지 않고 이를 금지하는 듯한 조문 체계를 이루고 있다. 또한 1973년 법 개정 이전에 보건범죄단속에관한특별조치법의 시행으로 영리의 목적과 업무성을 갖추어 협의의 의료행위를 하는 경우에는 가중처벌하는 규정도 두었다.

최협의의 의료나 치과 의료가 한방 의료와 그 뿌리를 달리하여 비교적 구분이 명확한 것에 비하여, 치과의사의 성형수술 사례(대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결)에서 보는 바와 같이 치과 의료와 최협의의 의료는 그 구분이 명확하지 않고 의사와 치과 의사가 모두 할 수 있는 행위가 충분히 있을 수 있다는 점, 의사가 간호행위를 하는 것을 금지할 이유는 없다는 점 등에 비추어 보면, 최협의의 의료, 치과 의료, 한방 의료, 조산, 간호를 별개로 규정하지 않고 광의의 의료행위로 묶어서 규정하되, 의료인이라도 면허된 것 이외의 의료행위를 하지 못한다고 규정한 것은 합리적인 것으로 보인다.

그러나 광의의 의료행위 전체에 관하여 업무성에 관하여 언급하고 있지 아니하므로 문언 자체만으로 보면 1973년 법 하에서는 더 이상 업무성이 구성요건이 아닌 것으로 보는 것이 상당하다. 그런데 1962년 법 조문[10]에서도 문언상 의료, 치과 의료, 한방 의료를 금지하고 있었는데, 이에 대하여 업무성을 요건으로 한다고 해석하였던 점, 1973년 법 역시 제24조[11]와 제4조 제1항 제1호[12]의 조문을 종합하면 역시 의료, 치과 의료, 한방 의료

10) 제25조 (무면허자의 의료업무금지)
의사가 아니면 의료를, 치과의사가 아니면 치과 의료를, 한의사가 아니면 한방 의료를, 조산원이 아니면 조산업무를, 간호원이 아니면 간호업무를 행하지 못하며 또한 각 그 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

11) 제24조(무면허의료행위등 금지)
① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다.

12) 제4조(의료심사위원회)
① 보건사회부장관이 부의하는 다음 각호의 사항을 심의의결하고 보건사회부장관의 자문에 응하여 의료에 관한 중요한 사항을 조사심의하게 하기 위하여 보건사회부장관 소속하에 의료심사위원회(이하 "심사위원회"라 한다)를 둔다.

를 금지하는 것이므로 적어도 협의의 의료에 관하여는 조문 내용의 변화가 없다는 점, 1973년 법의 개정 취지에서도 무면허의료행위 금지의 요건에서 업무성을 배제하겠다는 취지는 포함되어 있지 않다는 점에 비추어 보면, 업무성을 요건으로 하던 1962년 법과 달리 볼 이유가 없다는 해석도 가능할 수 있다.

전자의 해석에 의하면, 자녀의 이갈이를 도와주는 행위나 간병하는 행위 등 일상생활성 의료행위까지 모두 구성요건에 해당하고 사회상규에 반하지 않는 행위로서 위법성을 조각하여야 하는 것이므로, 구성요건이 지나치게 확대된다는 문제점이 있다. 이에 비하여 후자의 해석에 의하면, 조산, 간호와 같이 법률규정의 명백한 변화가 있음에도(조산업무 ⇒ 조산, 간호업무 ⇒ 간호) 업무성을 요건으로 한다는 점을 설명할 수 있는 합리적인 근거가 부족하고 법률의 문언에 반한다는 점, 개복수술 등 위해의 가능성이 매우 높은 행위에 대하여까지 업으로 행하는 것만을 금지하게 된다는 점 등의 문제점이 있다.

판례는, 포괄일죄의 성립 여부가 쟁점이 된 사안에서 '의료법 제25조의 의료행위라 함은, 반복계속의 의사로, 의료인이 아닌 자가 행하는 의료행위를 가리켜 뜻한다'거나 '그 범죄의 구성요건의 성질상, 동종행위의 반복이 예상되는 것'이라고 하여 포괄일죄의 성립을 인정하였다(대법원 1980. 7. 22. 선고 80도1404 판결, 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도939 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2468 판결 등).[13] 또한 영리목적을 필요로 하는지 여부가 쟁점이 된 사안에서 '그와 같은 행위를 함에 계속 반복할 의사가 인정된 이상 반드시 영리의 목적이나 영리행위를 구성요건으로 하는 것은 아니다'라고 판시함으로써(대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2271 판결) 1973년 법 하에서도 업무성을 계속 요건으로 하는 듯한 설시를 하였다.

---

1. 의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 "의료행위"라 한다)의 범위.

13) 무면허의료행위가 성질상 포괄일죄라 하더라도, 범의의 단절이 명백한 경우 2개의 포괄일죄의 실체적 경합범이 될 것이다(대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1457 판결).

그러나 한편으로, 위 판례들은 모두 반복계속의 의사를 요하는지 여부가 쟁점이 된 사안이 아니라 다른 쟁점에 대한 판단 과정에서 계속반복의 의사를 언급하고 있으므로(방론적 설시), 원심이 피고인에 대하여 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 위반을 인정하였는데, 피고인이 영리를 목적으로 무면허의료행위를 하였다고는 보기 어렵고 또 피고인이 의료행위를 업으로서 하였다고도 단정할 증거도 없다고 하면서 이를 의료법 제25조 위반으로 다루어짐은 별론으로 하고 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조위반행위로 단정할 수는 없다는 이유로 원심을 파기한 판례(대법원 1978. 2. 14. 선고 77도3515 판결)도 있는 점에 비추어 판례법리가 1973년 법에서도 계속반복의 의사를 요하는 것으로 확립되었다고는 보기 어렵다.

포괄일죄가 문제가 된 판례들 중 80도1404 판결과 83도939 판결에 관하여, ① 방론적 설시라는 점, ② 일본과 달리 1973년 법은 '업'을 요건으로 명시하지 않는다는 점, ③ 영리 목적으로 업으로 무면허의료행위를 하는 경우 가중처벌하는 조항이 있다는 점(보건범죄단속에관한특별조치법) 등을 이유로 '대부분의 무면허의료행위는 반복계속되는 일이 많을 것이고, 그러한 경우에 죄수에 있어 경합범이 아니라 포괄일죄가 된다는 뜻'으로 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[14] 그러나 보건범죄단속에관한특별조치법은 업무성 외에 영리 목적을 요건으로 하고 있으므로 영리 목적을 요건에서 배제한 구성요건에 아무런 의미가 없는 것은 아니라는 점, 이미 '의업'을 '의료'로 개정한 1962년 법 하에서도 업무성을 요건으로 한다는 설시가 있었다는 점, 84도2271 판결은 비록 방론이라 하더라도 비교적 명확하게 업무성을 요건으로 하는 듯한 설시를 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 판례의 태도를 위와 같이 단정하기는 어렵다.

1973년 법의 문언상, 또한 형벌의 일반예방적 효과에 비추어 보면, 1973년 법 하에서는 업무성을 요건으로 하지 않는다고 해석하는 것이 보다 합리

14) 이용우, "무면허의료행위에 대한 형사처벌상의 제문제", 『재판자료』, 제27집, 제522~525면.

적인 것으로 보이기는 하지만, 이 경우 구성요건해당성이 지나치게 확장되는 결과를 초래할 수 있고 또한 의제의료행위의 경우 구성요건의 특성상 반복계속의 의사를 요건으로 한다고 볼 여지가 있으므로, 정책적 고려로써 현행법 제27조의 '의료행위' 전반에 관하여 반복계속의 의사를 요건으로 하는 해석의 여지도 있다.

아직 1973년 법부터 현행법까지의 규정 하에서 업무성을 요건으로 하는지가 정면으로 문제된 사안은 없으므로, 업무성 요건에 대한 명시적인 판례가 있는 것은 아니고, 향후 명확한 판례법리가 나오기를 기대한다.

나. 타인성 요건

전항의 판례들 중 70도702 판결은 피고인이 자기 신체에 대하여 치료행위를 한 사안이다. 이에 대하여 업무가 아니라는 이유보다는 타인에 대한 의료행위가 아니라는 이유로 무면허의료행위 금지 위반이 되지 않는다고 함이 더 적절하다는 견해가 있다.[15)]

무면허의료행위 금지조항이 타인성을 요건으로 하는지에 관하여 명시적으로 설시한 판례는 없지만, 무면허의료행위 금지조항에는 타인성을 구성요건으로 하는 문구가 없고, 위 금지규정은 개인적 법익을 보호법익으로 하고 있는 것이 아니라 사회적 법익을 보호법익으로 하고 있는 것이므로, 그 구성요건에서 타인성을 요구한다고 해석할 수 있을지는 단정하기 어렵다.

자기 자신에 대한 1회적인 의료행위가 보건위생에 큰 영향을 미치지 않을 것이므로 사회적 법익보호를 위하여 처벌할 필요가 없다고 볼 수 있지만, 이 경우 보건위생에 큰 영향을 미치지 않는 이유는 계속, 반복의 의사 없이 1회적으로 이루어졌기 때문이지, 업으로 협의의 의료행위를 해오던 사람이 다른 사람에게 하던 치료를 자기 신체에 대하여도 한 경우에 그 행

15) 이용우, 전게논문, 제523면.

위만 떼어 놓고 보건위생상 위해를 가할 우려가 없다고 보기는 어렵다.

또한, 사회적 법익을 보호법익으로 하는 방화죄의 경우 자기물건방화죄(형법 제167조 제1항)는 구성요건해당성이 조각되는 것이 아니라 법정형을 감경하는 사유에 불과하다. 수의사법의 규정체계를 보더라도, 공중위생의 향상을 보호법익 중 하나로 하고 있는데(수의사법 제1조), 수의사가 아니면 동물의 진료를 할 수 없다(수의사법 제10조 본문)고 규정하되, 무면허진료행위금지의 예외사유를 대통령령이 정하도록 위임하면서(수의사법 제10조 단서) 그 예외조항 중 하나로서 자기가 사육하는 동물에 대한 진료행위를 규정하고 있어(수의사법시행령 제12조 제3호), 원칙적으로는 자기 소유의 동물에 대한 진료행위도 무면허진료행위의 구성요건에 해당하는 것이지만 예외조항에 의하여 금지가 해제되는 형식을 취하고 있다. 물론 수의사법시행령 제12조 제3호를 당연규정이라고 해석할 수도 있겠지만, 수의사법도 사회적 법익 보호를 위한 것이라는 점을 고려하면, 무면허진료행위금지의 구성요건에는 자기 재산권에 대한 침해행위도 포함된다고 해석하는 것이 합리적인 것으로 보인다.

타인성을 요건으로 하지 않는다고 해석하는 경우 구성요건이 확대되는 것이 아닌가 하는 비판이 있을 수 있지만, 구성요건의 성격상 무면허의료행위 금지의 요건에 반복계속의 의사가 포함되어 있다고 해석하는 경우에는 구성요건의 확대를 우려할 필요가 없으므로, 업무성 요건과 타인성 요건을 함께 검토할 필요가 있고, 이에 대한 명확한 판례법리를 기대한다.

다. 의료행위의 범위

의료행위의 범위에 관하여는, 의료법의 개정이나 판례에서 광의의 의료, 협의의 의료, 최협의의 의료의 개념을 혼용함으로써 상당한 혼선이 있다. 이하 의료행위의 범위에 관한 법의 개정 연혁과 판례의 변화에 관하여 자세히 살펴본다.

(1) 제정법 하에서의 판례

제정법이 의료업자가 아닌 일반인에 대하여는 의료업(광의 또는 해석에 따라 최광의)을 금지하고, 의료업자 사이에서도 의업, 치의업, 한의업, 조산업에 관하여는 다른 직역의 의료업자가 할 수 없도록 규정하고 있었다는 점은 앞서 본 바와 같다. 이러한 규정 체계는 여러 가지 면에서 합리적인 것으로 보인다. 우선 일반인에 대하여 총체로서의 의료업을 금지한 점은, 의료업의 해석을 통하여 의업, 치의업, 한의업에 속하지 아니하는 대체보완의학 등도 필요에 따라 금지의 대상으로 포섭할 수 있는 해석(최광의)의 여지를 남겨 두고 있다(현행법도 해석에 의하여 제27조의 의료행위는 최광의로 보고 있으나, 제12조의 의료행위는 광의의 의료행위를 의미함이 명백하므로 같은 법 내에서 동일한 용어가 다른 의미로 사용되는 문제가 있다). 또한 의료업자라면 간호원, 보건원이 아니라 하더라도 간호업, 보건업을 하는 것을 금지하지 않은 점도 오히려 현행법에 비하여 사회통념에 부합하는 합리적인 해석을 수월하게 해준다(현행법은 면허된 범위 외의 의료행위를 일률적으로 금함으로써 의사가 간호행위를 하는 것이 금지되는 것처럼 해석될 여지가 있다).

제정법 당시의 판례로는, 한지의생(한지한의사) 면허증을 소지하고 있는 자가 양방의업 행위를 하는 것이 제정법 제40조 위반이라는 판례(대법원 1961. 8. 9. 선고 4293형상474 판결)와 침사, 구사 등은 한의업자와 별도의 근거규정을 두고 있고, 한의사가 침술, 구술을 시행할 법적 근거가 없으므로, 한의사는 면허 없이 침술, 구술을 시행할 수 없다는 판례[16](대법원 1961. 10. 19. 4292행상122 판결) 외에는 특별한 판례가 없다.

---

16) 제정법 제59조에 의하여 제정된 의료유사업자령은 "접골사가 시술행위를 할 때에는 의사의, 침사 및 구사가 시술행위를 할 때에는 한의사의 지시를 받아야 한다"고 규정하고 있는바, 한의사가 침사, 구사의 면허 없이 침술, 구술을 할 수 없다는 해석에는 의문이 있다. 그러나 62년 법에서 유사의료업자의 규정을 삭제한 이후 판례도 침술, 구술을 한방 의료 분야의 당연의료행위로 포섭된 것이라고 해석하고 있으므로 더 이상 문제되지 않는다.

(2) 1962년 법 하에서의 판례

1962년 법은 광의의 의료를 의미하는 의료행위라는 용어가 사용되지 않았고 최협의의 의료를 의미하는 용어만 사용되었으므로, 의료행위는 '최협의의 의료를 행하는 것'을 의미한다.

의료의 사전적 의미는 '의술로 병을 고침'을 의미하는 것이고, 의술은 '병이나 상처를 고치는 기술' 또는 '의학과 관련되는 기술'을 의미하는 것인데,[17] 의술을 전자로 해석하면 이는 순환논리에 빠지게 되므로 결국 최협의의 의료는 사전적으로 '의학과 관련된 기술에 의하여 병을 고치는 것', 치과 의료는 '치의학과 관련된 기술에 의하여 병을 고치는 것' 등으로 해석할 수 있다. 여기에 치료의 전 단계로서 진단, 넓은 의미의 치료로서의 예방(여기서 예방은 일반적으로 건강을 유지하는 데 도움을 주는 것을 포함하지 않는다. 담배를 끊고 술을 절제하는 것이 건강에 도움이 된다는 식의 조언은 보건지도의 영역에 속할 것이다. 여기서 예방이라 함은 구체적 사안에서 당해 환자에게 특정 질병의 발생을 방지하기 위한 활동을 의미한다고 봄이 상당하다.) 등도 포함된다고 볼 수 있다. 여기서 진단이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 작용인데 그 진단 방법으로서는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 치료는 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 조제 공여하거나 시술을 하는 것을 의미한다.[18]

여기서 의료법의 입법목적을 고려하여 확장해석하는 경우 보완대체의료는 무면허의료행위 금지규정의 적용범위에 어렵지 않게 포함시킬 수 있을 것이다. 그러나 의학적 지식과 경험을 기초로 하지만 질병의 진단, 치료, 예방과는 무관한 '확장된 의료'는 의료의 사전적 의미와 죄형법정주의에 비추어 쉽게 확장해석하기 어려운 측면이 있다.

초기의 대법원 판례도 협의의 의료를 사전적 의미로 해석하여 '곰보수술,

17) 네이버 사전 검색결과.
18) 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결 등.

쌍꺼풀, 콧날세우기 등 미용성형수술은 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 오직 일반의사에게만 허용된 의료법 제25조 소정의 의료행위라고 단정할 수 없다'고 한 원심판결의 결론을 수긍하였다(대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결, 상고기각).

위 판결의 구체적인 설시는 다음과 같다(괄호 안에 '최협의', '의료+치과의료', '=최광의'라는 기재는 저자 주).

(가) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결

곰보수술, 쌍꺼풀, 콧날 세우기 등의 미용성형 수술은 의료(의료+치과의료)의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만(이러한 의미에서 의료행위에 준하는 행위(=최광의)라고 하겠다.) 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들의 본래의 의료(의료+치과 의료) 행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인즉, 이와 같이 의료행위(의료+치과의료)에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제19조 제2항의 품위손상 행위로서 치과의사나 일반의사의 업무의 정지 등 행정조치를 함은 별론이거니와 이 사건 미용성형 수술이 오직 일반 의사에게만이 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위(최협의)에 속하는 것이라고 단정할 수는 없다는 취지에서 피고인이 일반의사의 면허 없이 위와 같은 성형수술을 하였다고 하더라도 의사가 아니면서 의료행위(최협의)를 한 것이라고 할 수 없으니 이는 의료법 제25조 위반의 죄가 될 수 없다는 것으로 판단하였는바, 기록에 의하여 현출된 각 증거들을 자세히 검토하여 보아도 원심의 위 조치에 채증법칙을 위배한 잘못이 있었다고 의심할만한 사유는 발견되지 않는 바이고, 일방 피고인에게 무죄가 선고된 본건에 있어서는 논지가 말하는 사실오인의 사유는 형사소송법상 적법한 상고의 이유가 될 수 없

다.

이 사안은 치과의사가 미용성형수술을 시행한 사안으로서, 성형수술이 치과 의료에는 포함되지 않고 오로지 최협의의 의료에만 포함되는가, 즉 오로지 의사에게만 허용되고 치과의사에게는 허용되지 않는가에 대한 판단이고, 또한 미용성형수술이라고 하여 곧바로 치과의사에게 허용되지 않는다고 단정할 수는 없다는 취지로 설시한 것인바, 실제 성형수술 중에서는 턱수술, 광대뼈수술 등 치과의사가 시행하는 것들도 많이 있으므로 그 결론을 수긍하지 못할 바는 아니다. 특히 제정법의 규정에 비추어 보면, 매우 합리적인 설시라는 느낌도 갖게 된다. 제정법은, 일반인에 대하여는 의료업을 금지하고, 의료업자들에 대하여는 의사가 아닌 자는 의업을, 치과의사가 아닌 자는 치의업을 금지하는 방식으로 이중의 규율방식을 취하고 있다. 일반인에 대한 금지대상인 의료업을 최광의의 의료로 보고, 의업, 치의업 등을 의료인들 사이에서도 특정 업자에 대하여만 독점적으로 그 시술이 허용되는 좁은 범위로 해석하면, 성형수술은 의료행위에 준하는 행위로서 일반인의 시술은 허용되지만, 의사와 치과 의사 사이에서는 의사만이 독점할 수 있는 특유의 분야가 아니므로 치과 의사가 성형수술을 하는 것이 일률적으로 금지되는 것은 아니라는 취지로 해석할 수 있는 것이다.

그런데 원심의 설시는, 1962년 법에 비추어 보면 다음과 같은 문제점이 있다. 의료에도 포함되지 않고, 치과 의료에도 포함되지 않는다면(그렇다고 성형수술이 한방 의료나 조산업, 간호업에 포함될 리는 없다), 사실상 의료업자의 면허가 전혀 없는 무자격자에게도 성형수술이 허용되는 것으로 해석되는 것이다. 따라서 '미용성형수술이 의료에 포함된다고 단정할 수 없다'고 한 부분은 '미용성형수술이 치과의료에 포함되지 않는다고 단정할 수 없다'고 하는 것이 타당하였고, 판례가 이를 지적하였어야 함에도 원심의 판단을 그대로 수긍한 점에서는 문제가 있다.

원래 고도의 전문적 지식과 경험을 요하는 '확장된 의료'를 규제의 대상에서 제외하여 무제한 허용하는 경우 국민보건의 향상을 목적으로 하는 의

료법의 취지(의료법 제1조)에 반하는 결과가 될 수 있다. 따라서 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 위 판결을 폐기하고 '확장된 의료' 등 당연의료나 대체보완적 의료 외에도 무면허의료행위에 의하여 규율되는 행위의 범위를 판단할 수 있는 판단기준을 제시하면서 '확장된 의료' 등을 무면허의료행위의 규율대상으로 포섭하는 판시를 하였다. 이 판례는 '의제의료행위'를 무면허의료행위 금지규정에 포섭한 최초의 판례로서 매우 중요한 의미를 갖고 있으므로, 해당 부분의 설시를 그대로 옮기고자 한다.

(나) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결

구의료법 제25조의 규정에 의하면 의사가 아니면 의료행위를 하지 못하게 되어 있고 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 풀이하여 보면 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것이라고 할 것인 바, 이는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반공중위생에 밀접하고 중대한관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편 구의료법 제25조에서 의료행위를 의사에게만 독점허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이라 할 것이다. 그러나 의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없는 것인바 위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이다.

이 판결은 1973. 2. 16. 개정 이후에 나온 것이지만 피고인의 행위 당시의 법으로서 사안에 적용되는 법은 개정 전의 법이다. 의료라는 용어를 최협의의 의료를 의미하는 것으로만 사용하였던 당시의 의료법 규정체계와 '의사가 아니면 의료행위를 하지 못하게 되어 있고, 의료행위라고 함은…'으로 이루어진 판례의 설시에 비추어 보면, 위 판시 역시 최협의의 의료행위에 관한 것이라는 점은 명백하다. 실제로 위 판결의 판시를 세밀히 검토하여 보더라도 의료, 의학, 의사 등의 용어는 모두 최협의의 의료와 관련된 의미로만 사용하고 있을 뿐 72도342 판결의 원심과 같은 용어상의 혼란은 없다.

협의의 의료행위가 각 그 학문적 근거와 분야를 달리할 뿐 그 목적은 큰 차이가 없다는 점에 비추어 보면, 최협의의 의료행위에 관한 위 설시를 그대로 협의의 의료행위로 확장하는 것은 큰 무리가 없어 보인다. 그러나 위 설시가 그대로 광의의 의료행위에 대한 판시로 확대될 수 있는지에 관하여는 검토의 필요성이 있고, 이에 관하여는 아래 다)항에서 보기로 한다.

(3) 1973년 법 하에서의 판례

74도1114 전원합의체 판결은 의제의료행위에 대한 판단기준을 제시하면서 이를 현행법 제27조의 규율범위 내로 포섭하였지만, "의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 한다"는 기준 역시 의료법상의 의료행위의 정의와 마찬가지로 공허한 것으로 구체적인 기준이 명백하지는 못한 측면이 있다. 위 기준은 구체적으로 어떻게 해석·적용하느냐에 따라 협의의 의료에 대한 의제의료일 수도 있고, 광의의 의료에 대한 의제의료일 수도 있을 것이다. 이는 최협의의 의료행위의 내용이 의학의 발달과 사회의 발전 등에 따라 변화할 수밖에 없다는 점에서 어쩔 수 없는 한계라고 생각된다.

위와 같은 불명확성과 보건범죄단속에관한특별조치법으로 인한 법정형의 증가 등이 원인이 된 것인지는 알 수 없으나, 위 판결 이후 무면허의료행위 해당 여부가 다투어지는 사례가 급증하였다. 그런데 1973년 법은 의료라는 용어와 의료행위라는 용어를 사용하고 있는데, 의료행위라는 용어를 '의료를 행하는 것'의 의미와 다르게 사용하고 있어 용어의 혼란을 초래하고 말았다. 즉 의료행위는 '의료를 행하는 것'이라는 게 일반적인 용법일 것임에도 불구하고, 의료는 최협의의 의료의 의미로 사용하면서 의료행위는 광의의 의료를 의미하는 용어로 사용하고 있어 일반적인 언어의 용법에 반하는 문제가 있다. 또한, 74도1114 전원합의체 판결에서 의료법의 목적에 비추어 무면허의료행위 금지조항에서 금지하는 범위를 확장하였음에도 불구하고 이에 대한 충분한 고려를 하지 못하여 '의료행위'라는 동일한 용어가 제4조와 제12 내지 제15조 등 대부분의 경우에는 광의의 의료행위를, 제24조에서는 최광의의 의료행위를 의미하게 되었다. 이로 인하여 이후의 판례도 의료의 의미를 여러 가지로 혼용하는 결과가 빚어지게 되었다.

74도1114 전원합의체 판결 이후의 판례는 74도1114 전원합의체 판결의 취지를 따르면서도 당연의료행위의 진단이나 치료인지 여부가 문제되는 사안에서는 당연의료행위에 대한 정의만 설시한 판례,[19] 의제의료행위에 해당하는지 여부가 문제되는 사안에서는 의제의료행위에 대한 정의만을 설시한 판례,[20] 양자를 모두 설시한 판례가 혼재하였다. 이에 대하여 당연의료행위에 대한 정의만 설시한 판례들이 72도342 판결의 해석을 답습하고 있다고 보는 견해도 있다.[21] 그러나 이 시기의 판례들을 구체적 사안에 비추어 보면, 당연의료행위 중 진단이나 치료에 해당하는지가 주로 문제된 사안에서는 당연의료행위의 정의를 설시하고, 판단의 대상이 된 행위가 의제의료행위에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서는 의제의료행위의 정의를

19) 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결, 대법원 1981. 11. 22. 선고 80도2974 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도7792 판결 등.
20) 대법원 1978. 5. 9. 선고 77도2191 판결, 대법원 1979. 5. 22. 선고 79도612 판결 등.
21) "특수불법행위법", 사법연수원, 제189~190면.

설시한 것으로 보인다. 따라서 당연의료행위에 대한 정의만 설시한 판례들이 이미 폐기된 72도342 판결의 입장을 답습하고 있다고 보기는 어렵다.

한편 두 요건의 관계에 관하여 마치 양자의 요건이 모두 갖추어져야 의료행위에 해당하는 것처럼 설시한 판례[22]도 있고, 양자의 요건 중 하나라도 갖추어지면 의료행위에 해당하는 것으로 설시한 판례[23]가 혼재하고 있었으나,[24] 이후 1990년대 말에 접어들어 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결에서 "의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는 것"이라고 판시하고, 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결에서 "의료법 제25조 제1항 소정의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다"고 판시한 이후 위 판시의 내용이 의료행위의 범위에 관한 정형적인 판시로 설시하는 판례가 주류를 이루게 되었다.

그런데 위 정형화된 판시의 해석에 있어 고려할 점이 몇 가지 있다.

첫 번째는 당연의료행위에 관한 것이다. 원래 74도1114 전원합의체 판결은 최협의의 의료에 관한 것이었고, 그 법리를 그대로 협의의 의료까지 확장하는 것에는 이의를 제기하기 어려울 것이다. 그런데 1973년 법은 '의료행위'라는 용어를 광의의 의료라는 의미로 사용하고 있으므로, "제24조(의료법의 개정에 의해 제25조가 되었다가 현행법에서는 제27조, 이하 같다.)

---

22) 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도835 판결 등.

23) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결 등.

24) 그러나 이후 판례의 정형화된 설시에 비추어 볼 때, 81도835 판결은 구체적 사안에서 당연의료행위이면서도 보건위생상 위해를 가할 수 있는 것이 명백하므로 이를 모두 열거한 것으로 보이고, 반드시 두 가지 요건이 모두 충족되어야 무면허의료행위 금지의 대상이 되는 것으로 판시하였다고 보기는 어렵다.

의 의료행위"라고 하면 협의의 의료 외에 간호도 포함되어 있다. 그런데 판례의 정형적인 설시에서는 "제24조의 의료행위라 함은"이라고 하면서도 74도114 전원합의체 판결의 설시에서 의사를 의료인으로 바꾸었을 뿐 그 취지를 그대로 유지하고 있다는 점이다. 과연 간호를 정형적인 설시에서 어느 부분에 포함시킬 수 있을까? 물론 간호행위를 질병의 진단, 치료, 예방에 포함시키는 해석이나 간호사가 아닌 사람이 간호행위를 함으로써 사람의 생명, 신체나 일반공중위생 상의 위험이 발생할 수 있다고 하는 해석이 불가능한 것은 아니다. 그러나 이러한 해석은 상당히 무리한 끼워 맞추기의 느낌이 강할 뿐 아니라 전자의 해석은 당연의료행위에 조금이라도 도움이 되는 행위는 모두, 후자의 해석은 광의의 의료행위에 상응하는 의제의료행위까지 모두 의료행위에 포함시키게 되는 결과 구성요건해당성이 무한히 확장될 수밖에 없기 때문이다.

이러한 결과는 1973년 법이 의료의 개념을 혼란스럽게 규정한 것으로부터 기인한 결과로 보인다. 실제로 하급심에서 최협의 또는 협의의 의료(현행법 제2조)와 광의 또는 최광의의 의료행위(현행법 제27조)의 용어를 혼용한 하급심 판례를 수긍한 판례들이 있다.[25]

따라서 판례의 정형적인 설시를 현행법 제27조의 규정에 충실하게 해석하면, "법 제27조의 의료행위는 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는 것이고 그 중 의사(또는 치과 의사, 한의사)

25) 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결은 "피고인의 소위가 의료법 제25조 제1항에 규정하는 의료행위(최광의)에 해당하는가에 관하여 살피건대 일반적으로 의료법에 규제하고 있는 의료행위(의료법 조문에 따라 광의와 최광의가 혼재되고 있으나, 규제의 대상이 되는 의료행위라고 하고 있는 점에 비추어 보면, 무면허의료행위 금지 조문의 의료행위, 즉 최광의의 의료행위로 보인다.)라 함은 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위해를 방지하기 위하여 이러한 행위를 의사(최협의)가 아닌 사람이 하지 못하도록 규제하는 것"이라고 하여 의료(최협의)와 의료행위(최광의)를 혼용하고 있는 원심의 설시를 수긍하였다.

의 의료행위는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위를 말한다"라고 새기는 것이 타당하다.

두 번째는 의제의료행위에 관한 것이다. 74도114 전원합의체 판결은 "의사가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부"를 의제의료행위의 판단기준으로 제시하였다. 그런데 정형화된 판시는 의제의료행위를 "의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위"로 정의하여 사람의 생명, 신체상의 위험은 요건으로 들고 있지 않다.

이는 업무성 요건과도 어느 정도 연관되어 있다. 1회의 의료행위로는 사람의 생명, 신체상의 위험을 초래할 수는 있으나, 보건위생상 위해의 발생 가능성은 그리 높지 않다. 따라서 정형화된 설시를 따른다면 1973년 법의 문언에도 불구하고 적어도 의제의료행위는 그 구성요건의 성격상 계속반복의 의사를 요건으로 한다는 해석도 가능하게 된다.

또한, 사람의 생리적 기능에 손상(상해)을 초래할 수 있는 행위라 하더라도 그 정도가 가벼운 경우에는 비록 계속반복의 의사로 수행하더라도 구성요건에서 배제하여 의제의료행위의 범위를 축소할 여지가 남게 된다.

세 번째, 의제의료행위의 정의를 반대해석하여 '의료인이 행하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 행위'로 해석하는 것은 타당하지 않다. 일반인에게 의료인이 행하면 안전한 행위는 금지하면서도 의료인조차 자제해야 하는 '금지된 의료'를 행하는 것이 허용된다는 것은 불합리하기 때문이다.

라. 보건위생상 위해가 생길 우려의 정도

의제의료행위의 정의 중 보건위생상 위해가 생길 우려의 정도와 관련하여 판례는, '의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려'는 추상적 위험으로도 충분하므로 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않았다 하여

보건위생상의 위해가 없다고 할 수는 없다고 판시하고 있다(대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결).

마. 영리의 목적

의료법상의 무면허의료행위에 관하여는 영리의 목적을 필요로 하지 않는다는 점은 이론의 여지가 없는 것으로 보인다. 그러나 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조와 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 일부개정된 이후의 무면허 안마행위에 관하여는 영리 목적을 그 구성요건으로 하고 있는바, 여기서 행위자와 이익의 귀속 주체가 다른 경우 영리 목적을 인정할 수 있는지가 문제될 수 있다.

이에 대하여, 의사의 조수로 근무하는 자가 의사의 조수로서 의사 부재시에 의사의 지시 없이 의료행위를 한 사실은 인정하면서도 그 치료비는 위 의원의 회계담당에게 입금되었고 피고인이 이에 관여한 바 없음을 엿볼 수 있어서 피고인이 영리를 목적으로 하였다고는 보기 어렵고 또 피고인이 의료행위를 업으로서 하였다고도 단정할 증거도 없다고 하여 의료법 제25조 위반으로 다루어짐은 별론으로 하고 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조 위반행위로 단정할 수는 없다고 본 판례가 있으나(대법원 1978. 2. 14. 선고 77도3515 판결), 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조의 영리의 목적이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 무면허의료행위를 행하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다는 판례(대법원 1992. 10. 9. 선고 92도848 판결, 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 등[26])와 의료법 제67조에 정한 영리 목적이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 안마

---

26) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92도848 판결도 같은 취지로 보이지만, 다만 그 설시에 있어 '그 이익의 귀속자가 반드시 경영의 주체나 손익귀속의 주체와 일치하여야 할 필요는 없는 것'이라고 하고 있는바, 이는 오류로 보인다.

행위를 하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다는 취지의 판례(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결) 등에 비추어 보면, 77도3515 판결은 이례적인 것으로서, 원칙적으로 행위자와 이익귀속의 주체가 동일할 필요는 없다는 것이 판례의 태도로 보인다.

한편, 직접 돈을 수령하지 않더라도 안마나 의료행위를 무료로 제공함으로써 고객을 유인하는 등 경제적 이익을 목적으로 하는 경우 영리의 목적을 인정할 수 있는지 여부도 문제될 수 있다.

사견으로는, 보건범죄단속에관한특별조치법의 규정만 놓고 본다면, 위 법에서 규제하는 의료행위는 보건위생상 위해를 초래할 가능성이 크므로 위와 같은 해석이 가능할 수도 있겠지만, 안마의 경우를 생각하여 보면, 위와 같은 경우까지 영리의 목적을 인정하는 것은 너무 지나친 것이 아닌가 생각한다.

판례는, 이발소에서 안마를 한 후 이에 대하여 이발과 면도 요금 외에 따로 비용을 청구한 사실을 인정한 다음 영리를 목적으로 안마행위를 한 때에 해당한다고 판단한 원심의 조치를 수긍한 사례가 있으나(대법원 2004. 1. 29. 선고 2001도6554 판결), 별도의 대가를 받지 않으면 영리 목적이 인정되지 않는다고 명시한 사례는 찾지 못하였다.

바. 안마와 의료행위의 관계

(1) 안마사에 관한 규정의 개정연혁

제정법은 안마술업자를 접골, 침, 구술업자와 함께 의료유사업자로 묶어 주무부령으로 정하도록 하였는데, 그 주무부령인 의료유사업자령(1960. 11. 28 보사부령 제55호)은 안마사를 접골사, 침사, 구사와 함께 의료유사업자로 규정하면서(위 령 제2조) 서울특별시장 또는 도지사가 그 자격을 부여하도록 하였고, 그 업무는 지압 또는 안마의 시술로 하였으며(같은 조 제

4호), 다만 접골, 침, 구술과는 달리 그 시술에 있어 의사나 한의사의 지시를 받도록 하지는 않았었다(위 령 제13조).

이후 1962년 법에 의하여 의료유사업자에 대한 법적 근거가 삭제되고 의료유사업자령이 개정되면서 의료유사업자에 대한 신규 자격부여제도가 폐지되고, 기득권자에 대하여만 그 시술권한을 인정해주게 되었다(부칙 제3조).

그러나 1973년 법에 의하여 다시 안마사 제도가 부활하면서 안마사를 접골사, 침사, 구사 등 의료유사업자로부터 분리하여 별도의 규정을 두면서 안마사에 대하여만 다시 신규의 안마사자격부여를 인정하고(제62조), 간호보조원,의료유사업자및안마사에관한규칙(1973. 10. 31. 보사부령 제428호)에서, "안마사는 안마, 마사지, 또는 지압에 의하거나 전기기구의 사용 기타의 자극방법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술행위를 하는 것을 업무로 한다"고 규정한 이후(제2조 제6항) 현행법 제82조로 조문이 변경되어 그 골격이 유지되었다.

다만 그 처벌에 관하여는, 1973년 법은 별도의 처벌조항을 두고 있지 않았는데 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 일부개정하면서 안마사의 자격인정을 받지 않고 시술을 목적으로 안마 '업무'에 종사한 자를 처벌하는 규정을 신설하였고, 이후 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 일부개정하면서 '영리를 목적으로' 안마행위를 한 자를 처벌하는 것으로 변경되었다.

1973년 법 제62조(현행법 제82조)는 "제24조(현행법 제27조)에 불구하고 안마업무를 할 수 있다"고 규정하고 있는 점, 안마사의 자격인정 없이 안마업을 한 경우에 관한 별도의 처벌규정이 없어 일응 안마가 의료행위에 해당하는 경우에만 무면허의료행위 금지의 예에 따라 처벌되는 것으로 보이는 점 등에 비추어 일응 ① 안마 중에는 의료행위에 해당하는 것과 의료행위에 해당하지 않는 것이 있고, ② 안마사의 자격인정을 받은 자는 무면허의료행위 금지규정에 불구하고 의료행위에 해당하는 안마도 할 수 있다고 해석될 여지가 있다.

그 중 ①에 관하여는 별다른 이견이 없지만, ②에 관하여는 안마사라도 의료행위에 해당하는 안마는 할 수 없다는 견해가 있다.[27] 아래에서는 ① 안마가 의료행위에 해당하는지 여부에 대한 판단기준에 대한 판례의 설시를 확인하고, ② 안마사가 의료행위에 해당하는 안마를 할 수 있는지 여부에 관한 판례의 설시를 검토한다.

(2) 안마가 의료행위에 해당하는지 여부에 대한 판단기준

먼저 안마의 정의에 관하여 보면, 판례는, '안마'는 "국민의 건강 증진을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나 누르거나 잡아당기거나 두드리거나 하는 등의 안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용 그 밖의 자극 요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여, 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 뭉쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위"(대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결[28])라고 하면서, 그 중 수기요법에 관하여는 "안마·마사지·지압 등 명칭에 불구하고 손으로 사람의 근육·관절·피부 등 신체 부위를 두드리거나 주무르거나 문지르거나 누르거나 잡아당기는 등의 방법으로 혈액순환을 촉진시키고 근육을 풀어줌으로써 통증 등 증상의 완화·건강증진·피로회복 등을 도모하기 위한 물리적인 시술을 통칭하는 것"(대법원 2004. 1. 29. 선고 2001도6554 판결)으로 해석하고 있다.

위와 같은 안마에는 의료행위와 의료행위가 아닌 안마가 모두 존재하는가? 이에 대하여 판례는, "구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제61조에 규정된 '안마'는 '국민의 건강 증진을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나 누르거나 잡아당기거나 두드리거나 하

27) 이용우, 전게논문, 제508~510면, 윤진영, "보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조", 『대법원판례해설』, 제19권 2호, 제455~456면 등.

28) 지압서비스업소에서 근육통을 호소하는 손님들에게 엄지손가락과 팔꿈치 등을 사용하여 근육이 뭉쳐진 허리와 어깨 등의 부위를 누르는 방법으로 근육통을 완화시켜 준 행위가 의료행위에 해당하지 않는다고 한 사례.

는 등의 안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용 그 밖의 자극 요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여, 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 뭉쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위'라고 풀이하여야 한다. 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위만으로 한정되지 않는다"고 설시한 바 있다. 위 판시는 안마에 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위와 그렇지 않은 행위가 혼재되어 있음을 의미한다.

의료행위인 안마와 의료행위가 아닌 안마의 구별에 관하여는, 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결에서 "의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데 그치는 것이 아니라, 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 한다"고 판시한 이후 위 판시를 일관되게 유지하고 있다.

안마행위 중 의료행위에 해당하는 부분을 가려낼 실익은 ① 의료인도 안마사도 아닌 사람이 안마나 지압을 하는 경우 현행법 제88조, 제82조 제2항에 의하여 규율되는지 아니면 제27조에 의하여 규율되는지 여부(의료행위에 해당하면 제27조, 그렇지 않으면 제82조 제2항),[29] ② 더 나아가 영리를 목적으로 업으로 안마를 한 경우 보건범죄단속에관한특별조치법이 적용될 수 있는지 여부가 결정되는 점(의료행위에 해당하는 경우에만 보건범죄단속에관한특별조치법이 적용됨), ③ 안마사가 안마시술을 하더라도 무면허의료행위 금지규정에 의해 처벌할 수 있는지 여부(안마사가 치료행위에 속하

29) 법정형이 다를 뿐 아니라 제27조에 의해 규율되는 경우에는 영리 목적을 요하지 않으므로 구성요건도 달라진다.

는 의료행위를 할 수 없다는 견해를 따르는 경우에만 문제됨)에 있다.

(3) 안마사가 치료행위에 해당하는 안마시술을 할 수 있는지

1973년 법 이래 현행법에 이르기까지의 법 문언에 의하면, "무면허의료행위 금지규정에 불구하고" 의료행위에 속하는 안마업을 할 수 있다는 취지로 이해된다.

그러나 제정법 당시 의료유사업자령에서 접골술, 침, 구술과는 달리 의사나 한의사의 지시를 받도록 규정되어 있지 않았던 점, 1973년 법에서는 안마시술을 접골, 침, 구등의 의료유사업에서 제외하여 따로 규정하고 있고, 유료유사업과 달리 안마시술에 대하여만은 신규의 자격부여를 계속 인정하는 점, 1973년 법부터 헌법재판소에 의하여 위헌결정(헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2003헌마715, 2006헌마368(병합) 결정)이 나기 전까지 줄곧 의료인으로서는 결격사유인 맹인에 대하여만 자격을 부여하고 있는 점 등에 비추어, 안마사가 현행법 제27조에서 정하는 "의료행위에 해당하는 안마시술을 하는 것은 허용되지 않는다"고 해석할 여지도 있다.[30]

앞에서 안마행위가 의료행위에 해당하는지 여부를 가리는 실익으로 ①② ③ 세 가지를 들었다. 그 중 ①②의 쟁점에 대한 판례만으로는 이 부분 쟁점에 대한 판례의 명확한 태도를 알 수 없다. 따라서 ③ 안마사가 안마시술의 범위 내에서 안마를 시행하더라도 그것이 치료행위의 정도에 이른 경우 처벌되는지 여부가 쟁점인 사안에서만 판례의 명확한 태도를 알 수 있을 것이다. 그러나 ①②쟁점에 관하여 활기도 사범, 기치료사 등[31]의 지압이나 안마를 무면허의료행위로 인정한 사례들(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결, 대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1352 판결, 대법원

30) 이용우, 전게논문, 제508~510면, 윤진영, 전게논문, 제455~456면 등.

31) 판례의 설시만으로는 안마사 자격인정을 받았는지 여부가 불분명하다. 그러나 전체적인 취지에 비추어 보면, 피고인이 안마사 자격인정을 받지 않은 사례들인 것으로 보인다.

1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결 등)이나 안마사가 행하는 침시술행위는 안마사에관한규칙에서 정하는 업무범위를 넘어서는 것이라는 이유로 무면허의료행위를 하였다고 인정한 판례(대법원 1992. 9. 8. 선고 92도1221 판결, 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결)는 있었으나, 안마사가 안마사에관한규칙에서 정하는 행위를 한 것이 무면허의료행위에 해당하는지가 주된 쟁점이 된 사례는 찾지 못하였다.[32]

사견으로는, 안마사의 안마행위도 무면허의료행위로 처벌될 수 있다는 해석은, "법 제24조(현행법 제27조)의 규정에 불구하고"라는 부분을 무시하는 해석으로서 그리 바람직한 것은 아니지만, 국민의 건강을 보호, 증진시키고자 하는 의료법의 취지 및 안마사의 자격인정기준 등에 비추어 보면 불가피한 측면도 있는 것으로 생각한다.

3. 헌법재판소의 입장

헌법재판소도 다수의 선례를 통하여 무면허의료행위 금지·처벌조항과 관련된 헌법적 쟁점들에 대하여 판단하였는데, 그 중 무면허의료행위 금지의 구성요건과 관련된 부분만 유형화하면, 무면허의료행위 금지·처벌조항에 있어서 '의료행위'의 개념이 불분명하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단한 것[33]과 무면허의료행위 금지조항에서 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없도록 일률적·전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌하도록 한 것이 기본권을 침해하는지 여부를 판단한 것[34]으로 나누어 볼 수 있다.

---

32) 그러나 '의료인이 아닌 자가'라고만 설시한 판례들은 피고인이 안마사 자격을 갖고 있는지 여부를 확인하기 어려웠으므로 위와 같은 사례가 없는지는 확실치 않다.

33) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정(무면허 침시술행위), 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2002헌바23 결정(무면허 한방의료행위), 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 결정(무면허 침술행위), 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2005헌바29, 2005헌마434(병합) 결정(무면허 한방의료행위 등), 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2003헌바15, 2005헌바9(병합) 결정(무면허 치과의료행위, 한방의료행위), 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 결정(무면허 문신시술행위) 등.

먼저 무면허의료행위 금지·처벌조항에 있어서 '의료행위'의 개념이 불분명하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되는지에 관하여, 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2006헌마876 결정의 재판관 조대현의 반대의견과 같이 "보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위"는 그 범위가 지나치게 광범위하고 불명확할 뿐만 아니라 그에 필요한 의학적 전문성과 위험성의 정도도 천차만별이므로 명확성의 원칙에 위배된다는 의견도 있었으나, 법정의견은 모두 명확성의 원칙에 위배되지 않으므로 합헌이라고 결정하였다.

무면허의료행위에 대한 일률적인 처벌이 위헌인지 여부에 관하여는 모두 비례원칙을 준수하여 합헌이라고 결정하였고, 최근 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19,2008헌바108,2009헌마269,736,2010헌바38,2010헌마275(병합) 결정에서는 위헌불선언 결정이 있었다. 위 결정의 반대의견 중 조대현, 이동흡, 목영준, 송두환 재판관은 "사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해하는 것"이라는 취지이고, 김종대 재판관은 "부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일절 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해한다"는 취지이다.

---

34) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가7 결정(무면허 열찜질 등의 치료행위), 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2001헌마370 결정(무면허 침술행위), 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 결정(무면허 척추시술행위), 위 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 결정(무면허 침술행위), 위 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2005헌바29, 2005헌마434(병합) 결정(무면허 한방의료행위 등), 헌법재판소 2010.7.29. 선고 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269, 736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 결정(무면허 침술, 구술행위 등) 등.

IV. 비의료인의 무면허의료행위

1. 의제의료행위

가. 일반론

판례는 보완대체의료, 확장된 의료, 금지된 의료, 비의료시술을 가릴 것 없이 협의의 의료에 상응하는 의제의료행위는 보건위생에 위해를 가할 가능성만 인정되면 원칙적으로 모두 금지하는 것으로 판단하고 있다. 판례는 현행법 제27조의 의료행위를 광의의 의료로 해석하고, 보건위생상 위해를 가할 우려에 관하여 추상적 위험으로 족하다는 입장을 취하고 있으므로 이는 불가피한 결과로 보인다.

다만, 구체적 사안에서 보건위생상 위해가능성 여부를 판단하여 위해가능성이 없으면 의제의료행위가 아닌 것으로 판단하고 있다. 판례는, 질병을 낫게 해 달라고 기도를 하게 한 다음, 환부나 다른 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져 주는 행위(대법원 1992. 3. 10. 선고 91도3340 판결), 열기가 간접적으로 전달되도록 하는 등 일반인이 안전하게 사용할 수 있도록 제조된 쑥뜸기나 쑥찜기를 이용한 시술 행위 또는 자가시술행위에 대한 보조 행위(대법원 2010.6.24. 선고 2009도10638 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008도7688 판결[35])에 관하여 이를 의료행위에 해당하지 않는다고 판시하였다.

나. 유형별 검토

확장된 의료나 금지된 의료에 관하여는 반대의견을 찾기 어려우나, 보완대체의료나 비의료시술에 관하여는 판례의 태도가 완화되어야 한다는 의견들을 흔히 접할 수 있다. 아래에서는 보완대체의료나 비의료시술에 관한

35) 대법원 판시에는 구체적 행위가 기재되어 있지 않고, 원심판결인 대구지법 2008. 8. 14. 선고 2008노1872 판결에 구체적 행위가 기재되어 있다.

규제에 관하여 살펴본다.

(1) 보완대체의료

보완대체의료 중에는 시술자의 능력에 따라 반드시 의료인에 필적할 지식과 경험이 없더라도 유효성을 인정할 수 있는 시술이 있을 수 있다. 이러한 경우에는 보건위생상 위해를 가할 가능성도 거의 없음에도 이를 의료행위로 보아 금지시키는 것은 직업선택의 자유를 과도하게 제한하고 국민의 보건권을 침해한다는 지적이 있을 수 있다.

그러나 일상생활성 의료행위를 제외하고 나면(반복계속의 의사를 요건으로 삼으면 이를 구성요건에서 배제할 수 있다), 일반인이 아무런 지식과 경험 없이 시행하여도 보건위생상 위해를 가할 가능성이 없는 보완대체의료라면 이는 의제의료행위의 정의상 의료행위에 해당하지 않으므로 문제되지 않는다. 또한, 시술자의 능력 등에 따라 보건위생상 위해를 가할 가능성이 없는 보완대체의료라면 현행법 제27조의 의료행위에서 제외하여 누구나 허용하는 것은 타당하지 않고, 이는 구체적인 사안에서 시술자의 능력 등 여러 사정을 종합하여 보건위생상 위해를 가할 가능성이 거의 없는 경우에 이를 후술할 정당행위의 문제로 해결하는 것이 타당하다. 따라서 판례의 태도는 정당한 것으로 보인다.

한편 정당행위로 인정될 수 있는 의료행위에 대하여는, 그 효능 등을 엄밀하게 검증하여 당연의료행위에 비하여 유효성이 크다고 인정되는 경우에는 이를 당연의료행위로 포섭하도록 하는 것이 타당하고, 그 유효성이 더 크지는 않지만 보건위생상 위해를 가할 우려가 없고 어느 정도의 효과는 인정되는 경우, 또는 당연의료행위에 포섭하기 어려운 경우에는 입법적으로 별도의 자격 제도를 마련하는 것이 필요하다 할 것이다.

독일의 경우 의료인으로 의사, 치과의사, 약사, 척추지압사(Chiropraktoren), 조산원(Hebammen), 약제사(Laboratorien), 건강보험심사의사(Vertrauensärzt), 의료보조원(medizinische Hilfsperson: 안마사, 치료체조사,

물리치료사, 간호사) 등을 규정하는 외에 '면허 없이 직업적인 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률(Gestz über berufsmässige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung, HeilpraktG, 치료사법)' 제1조 제1항에는, 의사 면허 없이 의술을 시행하고자 하는 자는 그에 관한 허가가 필요하다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항에 의하여, 그렇게 허가를 받은 자를 '치료사(Heilpraktiker)'라고 부르는바,[36] 이러한 제도의 도입을 검토하는 것도 생각할 수 있다.

이와 관련하여, 헌법재판소 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269, 736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 결정에서 반대의견을 낸 5명의 재판관에서도 김종대 재판관을 제외한 나머지 4명의 재판관은 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 "이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채", 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하였다는 점은 많은 시사점을 주고 있다. 이는 결국 별도의 자격 제도를 마련하여야 더욱 합리적인 법제도가 형성될 것이라는 의견을 가진 재판관이 많았다는 것을 보여준다.

(2) 비의료시술

비의료시술과 관련하여 의료행위성을 인정한 사례로는, 눈썹 등의 문신을 하는 행위(대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결), 가압식 미용기로 눈 주위의 근육을 마사지하는 행위(대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190 판결 등) 등을 들 수 있다.

그런데, 비의료시술을 무면허의료행위로 규율하는 것에는, 다음과 같은 근본적인 문제가 있다.

첫 번째, 어떤 행위를 무면허의료행위 금지조항에서 정하는 의료행위로 포섭하지 않더라도 구체적인 법익침해가 일어나는 경우 이는 상해죄 등 개인적 법익에 대한 범죄로 구성할 수 있다.[37] 그럼에도 불구하고, 비의료시

36) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269, 736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 결정 참조.

술을 추상적 위험의 존재만으로 처벌해야 하는 것으로 해석하는지의 문제이다. 특히 비의료시술은 대개 상대방의 동의를 얻어 이루어진다는 점에 비추어 보면 비의료시술에 대한 일률적인 규제는 개인의 자유를 강제적으로 억압하게 된다는 점에서 이는 더욱 중요한 문제가 된다.

두 번째, 비의료시술은 그 구별기준에 비추어 보면, 비의료적인 방법으로 비의료적인 목적을 위하여 시행하는 것인데(그림 2 참조), 과연 이러한 행위를 "의료법"에서 규율하고 있다고 해석할 수 있는가의 문제이다.

첫 번째 문제점과 관련하여 보면, 결과가 발생한 경우에만 처벌하는 상해, 과실치사 등의 구성요건과 비교하여 볼 때 어떤 행위가 단순히 신체에 대한 손상을 가져올 가능성이 있다는 이유만으로 처벌하는 것은 법체계적으로 타당하지 않다. 또한 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 달리 국가의 적극적 보호의무는 광범위한 입법재량의 범위에 속하는 것이므로,[38] 신체에 대한 손상의 가능성이 있는 행위를 처벌하는 규정이 없다 하더라도 이는 입법자의 입법적 결단에 따른 것이므로 이를 존중하여야 하고, 무리한 법해석을 통하여 신체에 대한 손상의 가능성을 이유로 처벌하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 비의료시술은 신체에 대한 침해의 가능성을 넘어서서 그 시술이 광범위하게 이루어질 가능성이 있으며 광범위하게 이루어지는 경우 보건위생에 위해를 가할 우려가 있는 경우에만 처벌하는 것이 타당하다.

문신 시술은 신체에 대한 침해가 상당하고,[39] 보건위생상 위해를 넓게 해석하는 경우 문신 시술이 무자격자에 의하여 광범위하게 이루어지는 것이 보건위생상 위해를 가할 가능성이 있다는 해석도 불가능하지만은 않다

---

37) 문신 등 비의료시술은 그 자체가 신체에 대한 상해가 될 수 있다. 그러나 비의료시술은 당사자 사이의 합의하에 이루어지고, 피해자의 동의에 의하여 위법성을 조각하는 것이 허용될 수 없을 정도로 상해의 정도가 큰 것은 아니므로, 문신 등의 비의료시술행위 자체를 상해죄로 처벌하기는 어렵고, 그 부작용으로 더 큰 상해를 입게 된 경우에 한하여 상해죄로 처벌할 수 있을 것이다.

38) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정 참조.

39) 이장한, "문신의 침습성과 무면허의료행위", 『형사정책연구』, 제18권 제3호 제195면.

(다만 그렇게 해석하는 경우 지나치게 구성요건을 확대한다는 비판이 가능하다). 그 점에서는 문신 등 비의료시술 중의 일부를 의료행위에 포섭하여 처벌의 대상으로 삼은 판례의 태도를 수긍할 수 있다.

그러나 두 번째 문제점과 관련하여 보면, 문신 등의 비의료시술을 규제할 필요가 있다 하더라도 이를 "의료법"으로 포섭할 수 있는지에 대하여는 여전히 의문이 있다. 단순히 국민의 건강증진이나 보건위생의 향상을 위한 것이라 하여 모두 의료법에서 규율하는 것은 아니며, 국민의 건강증진이나 보건위생의 향상을 위한 법으로는 의료법 외에도 수의사법, 공중위생관리법, 보건의료기본법 등 다양한 법률이 있다. 의료법은 "국민의료에 필요한 사항"을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적을 둔 법인데, 비의료시술은 의학적 방법에 의한 것도 아니고 의학적 목적을 위한 것도 아니므로, 비의료시술을 의료법 내에서 규율하는 것으로 해석할 근거는 부족하다.

따라서, 자격 없는 자가 광범위하게 시술하는 경우 보건위생상 위해를 가할 우려가 있는 비의료시술임에도 이에 대한 아무런 규제입법이 없는 상태에서, 이를 의료법위반으로 규율한 판례의 태도를 이해할 수 없는 것은 아니지만, 비의료시술은 원칙적으로 의료법의 규율대상이 아닌 것으로 보고, 입법자의 판단에 따라 특별히 규제의 필요성이 인정되는 경우에는 의료법 외에 별개의 보건위생을 위한 입법을 통하여 별도의 자격 제도를 두어 이를 규제하는 것이 바람직하다.

2. 의료인접분야 자격자의 의료행위

가. 유사의료업자의 의료행위

제정법 하에서, 침사, 구사 등은 한의업자와 별도의 근거규정을 두고 있고, 한의사가 침술, 구술을 시행할 법적 근거가 없으므로, 한의사는 면허 없이 침술, 구술을 시행할 수 없다는 판례(대법원 1961. 10. 19. 4292행상

122 판결)가 있다는 점은 앞서 본 바와 같다.

1962년 법 하에서는 유사의료업자에 대한 규정이 삭제되어 침술, 구술은 모두 한방 의료로 포섭되었고, 따라서 한의사의 침술, 구술 행위는 당연히 가능하게 되었다. 1973년 법 하에서 유사의료업자에 대한 규정이 신설되었지만, 여전히 새로운 자격의 취득은 금지되고 종래 자격을 취득한 사람만 그 허용범위 내에서 의료행위를 할 수 있다.

따라서 유사의료업자가 허용된 범위를 넘어 의료행위를 하는 경우 무면허의료행위로 규율됨은 당연하다.

다만 침술과 구술의 시술에 있어 각각 별개의 면허를 받아야 하는지 문제될 수 있다. 김남수 옹의 경우에도 침술 면허만 가진 상태에서 뜸 시술을 한 것이 문제된 사안이었다.

이에 대하여 판례는, 동일인이 침술 및 구술의 양개면허증을 병유할 수 있다 할지라도 이는 본시 별개의 것이라 하여 별개의 면허를 받아야 한다는 입장을 취한 바 있다(대법원 1982. 7. 13. 선고 81누191 판결).

나. 간병인의 간호행위

제정법은 간호업무를 금지대상으로 추가하고 있으면서도, 간병인이 업으로 간병을 할 수 있는 법적 근거는 마련하지 않았다. 그런데 간호의 사전적 정의는 "다쳤거나 앓고 있는 환자나 노약자를 보살피고 돌봄"을 의미하는 것인바, 간병인이 업으로 하는 행위도 간호의 사전적 의미에 포함되는 것으로 보이고, 달리 간호행위에 관하여 간병인이 업으로 하는 행위를 배제하고 오로지 간호사만이 업으로 행할 수 있는 행위만을 포함시키는 의미로 정의하는 것이 가능할 것인지도 의문이다. 결국 간병인이 업으로 한 행위에 관하여는 사회상규에 반하지 않는 행위의 요건에 따라 위법성을 조각할 수밖에 없는바, 간병인에 대한 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다고 보인다.

다. 간호사와 간호조무사 사이의 관계

현행법 제80조 제2항 및 제3항은 “간호조무사가 의료법 제27조에도 불구하고 간호보조 업무에 종사할 수 있고, 그 업무 한계 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록” 규정하고 있는데, 그 위임에 따른 간호조무사 및의료유사업자에관한규칙에서는 간호조무사가 수행하는 업무로 간호보조 업무와 진료보조 업무를 규정하고 있다(위 규칙 제2조 제1항).

이와 관련하여 진료보조 부분이 상위법에 위배되어 무효인지 여부가 문제되는데, 간호조무사는 간호사들의 해외진출로 인하여 부족해진 간호인력을 보충하기 위해 마련된 제도라는 점, 시행규칙 등에 의하면 보건소와 입원환자 5인 미만의 의원은 간호사 정원의 100%를 간호조무사로 대체할 수 있는 점, 실제로 간호조무사만 두고 있는 의원과 보건소가 많다는 점, 현재 간호업무에 종사하지 않는 간호사가 모두 간호업무에 종사하더라도 위와 같은 의원의 간호조무사 인력을 충당할 수 없다는 점[40] 등 위 규칙을 무효로 보는 경우 의료체계의 큰 혼란으로 건강의 보호, 증진에 역행하는 점 등에 비추어 보면, 의료법 제80조 제2항의 간호보조는 조금 무리한 해석이기는 하지만 ‘간호행위에 한하여 이를 보조할 수 있다’는 취지가 아니라 “현행법 제2조 제5호에서 정하는 간호사의 임무를 보조할 수 있다는 취지”로 해석하는 것이 타당하고, 간호사의 업무 중 ‘진료의 보조’에 관한 해석과 마찬가지로 보조의 의미는 반드시 누군가가 직접 실행하는 데 있어 도와주는 행위만을 의미하는 것이 아니라 그 행위의 일부를 직접 할 수도 있다는 취지[41]로 해석하는 것이 합리적이라 할 것이다. 판례도 간호조무사가 진료의

---

40) 웹사이트 기사검색결과
http://kr.news.yahoo.com/service/news/shellview.htm?linkid=13&articleid=20071218095546957e5& newssetid=495
http://news.empas.com/show.tsp/cp_jo/20070314n04494/?kw=%C1%DF%BC%D2%20%3Cb%3E%26%3C%2Fb%3E%20%BA%B4%BF%F8%20%3Cb%3E%26%3C%2Fb%3E%20%B0%A3%C8%A3%BB%E7%20%3Cb%3E%26%3C%2Fb%3E

41) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결, 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005도8360 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2755 판결 등.

보조 업무를 할 수 있다고 해석하고 있다.[42]

다만 간호조무사는 간호사에 비하여 전문성이 떨어지므로, 진료의 보조를 하는 경우에도 이에 대한 감독책임을 강화하여야 할 필요가 있고, 입법적으로 진료를 보조할 수 있는 범위를 한정할 필요가 있을 것이다.

라. 약사, 한약사의 무면허의료행위

약사(한약사)는 처방전에 따른 약제(한약)의 조제 등을 할 수 있을 뿐 의료행위를 할 수 없으므로, 질병의 진단이나 치료 등의 의료행위를 하는 것은 무면허의료행위에 해당한다(대법원 1970. 11. 24. 선고 70도1982 판결 등 다수).

이에 대하여 보건복지부는 구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전부개정되기 전의 것) 제38조(현행 제48조)의 위임에 따른 구 약사법 시행규칙(2002. 1. 12. 부령 제208호로 일부개정된 것) 제57조 제1항 제15호 가목(현행 제62조 제1항 제16호 가목)으로 의약품등의 유통체계확립 및 판매질서유지를 위한 준수사항으로 '약국개설자가 진단을 하고 그에 따라 일반의약품을 판매하는 행위'를 금지하는 조항을 신설한 후 약국개설자가 판매과정에서 진단을 하는 것은 의료법상 무면허의료행위가 아니라 약사법 제38조 위반에 해당한다는 유권해석을 하였다. 그러나 판례는 이를 부정하고 여전히 의료법 위반으로 규율됨을 선언하였다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결).

의료법상 무면허의료행위 금지조항에 포함되는 '진단'과 약사법 시행규칙에서 정한 '진단'이 동일한 의미인지에 관하여는 동일한 행위에 관하여 의료법 위반죄는 성립하지 않지만, 약사법 위반죄가 성립한다는 판례(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008도277 판결)가 있다. 그러나 이것이 일반적인 판시가 될 수 있는지, 그렇다면 이를 어떠한 기준으로 구분할 것인지 여부에

---

42) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2755 판결.

관하여는 판례의 축적을 요할 것으로 보인다.

마. 의사, 치과 의사, 간호사와 의료기사 사이의 관계

의료기사등에관한법률은 의료기사(임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사 및 치과위생사)와 안경사의 업무범위와 한계에 관하여 정하고 있는데(위 법 제2조, 제3조, 위 법 시행령 제2조), 판례는 위와 같은 규정의 취지가 "의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 하되, 의료인만이 할 수 있도록 제한한 의료행위 중에서, 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 적은 특정 부분에 관하여, 인체에 가해지는 그 특정 분야의 의료행위가 가져올 수 있는 위험성 등에 대하여 지식과 경험을 획득하여 그 분야의 의료행위로 인한 인체의 반응을 확인하고 이상 유무를 판단하며 상황에 대처할 수 있는 능력을 가졌다고 인정되는 자에게 면허를 부여하고, 그들로 하여금 그 특정 분야의 의료행위를 의사의 지도하에서 제한적으로 행할 수 있도록 허용한 것"이라고 판시하였다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2014 판결, 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 등). 따라서 의료기사가 법에서 허용된 범위를 넘어서서 의료행위를 하는 경우 무면허의료행위에 해당한다.

간호사와 의료기사 사이의 관계는, 오히려 의료인이 의료인접분야에게 허용된 의료행위를 하는 것이 위법한지 여부가 문제된다. 의료기사법 제9조는 "의료기사등이 아니면 의료기사등의 업무를 행하지 못한다"고 규정하고 있는바, 간호사도 의료기사등의 업무범위에 해당하는 행위를 할 수 없다는 것이 보건복지부의 입장이었고, 많은 하급심 판결에서도 위와 같은 입장을 취하였다.[43] 그러나 간호사는 의료법에 의하여 진료의 보조를 할

43) 서울행정법원 2007. 3. 21. 선고 2006구합19266 판결, 춘천지방법원 2007. 2. 15. 선고 2004고단1014 판결, 서울행정법원 2007. 1. 17. 선고 2006구합24770 판결, 서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합28253 판결, 대구지방법원 2006. 11. 29. 선고 2006구합1298 판결, 서울행정법원 2006. 10. 20. 선고 2006구합10443 판결, 서울행정법원 2007. 6. 8. 선고 2006구합34104 판결(항소취하, 확정), 서울행정법원 2006. 12. 12. 선고

권한이 주어져 있고, 의료기사의 행위를 의사가 직접 시행하는 것이 가능한 이상 간호사가 당해 업무를 할 수 있는지 여부는 진료의 보조가 허용되는 행위인지에 따라 결정할 것이고 의료기사의 업무로 규정되었는지 여부로 판단하는 것은 주객이 전도된 것이다.

판례도 간호사가 임상병리사의 업무로 규정된 심전도검사를 한 것이 의료법 위반이라고 인정한 원심에 대하여, 임상병리사가 의사의 지도하에 심전도검사를 할 수 있다고 하더라도 그렇다고 하여 의사가 의료행위의 일환으로 심전도검사를 행하는 것 자체를 배제하는 취지는 아니라고 할 것이므로, 간호사가 진료의 보조로서 심전도 검사를 하였는지 심리해 보아야 한다는 취지로 원심을 파기하였다(대법원 2009.6.11. 선고 2009도794 판결).

V. 의료직역 사이의 업무 영역

1. 전반적인 고찰

판례의 주류적인 태도는 현재 각 의료직역이 행할 수 있는 의료의 범위를 보수적으로 좁게 잡고, 전통적으로 그 의료직역에서 행하던 것이 아니라면 무면허의료행위에 해당하는 것으로 판단하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 판례의 입장은 의료라는 것이 고정적으로 정체되어 있는 것이 아니라 끊임없이 발전하면서 변화하는 것이라는 점에 비추어 보면, 지나치게 보수적인 것이 아닌가 생각된다.

의료인은 최광의의 의료에 관하여 어느 정도의 기본적인 지식과 기술을 익히고 있는 자이다. 따라서 의료인에 대한 의료행위의 금지범위는 일반인의 경우와 같이 넓게 해석하여야 할 필연성은 없다. 오히려 전문적인 지식

2006구합28253 판결(확정).

과 기술 및 이에 대한 교육과정의 발전으로 인하여 의료인의 전문성이 강화되고 있는 점, 의학, 치과학, 한의학, 조산학, 간호학의 발전으로 인하여 각 의료직역의 지식이 확대되면서 각 의료직역의 영역이 확대되고 이로 인하여 의료직역 사이의 업무가 중첩되는 경우가 발생하고 있다는 점에 비추어 보면, '면허된 범위(의료법 제27조)'를 좁게 해석해야 할 필요는 없는 것으로 보인다. 이러한 점에서 제정법이 일반인에 대하여는 널리 의료업을 금지하면서도, 의료업자 사이의 금지영역은 일반인에 비하여 다소 완화하고 있다는 점은 주목할 만하다. 또한 74도1114 전원합의체 판결에 의하여 폐지되기는 하였지만, 72도342 판결에서 '의료행위에 준하는 행위'라고 하여 최광의의 의료를 개념적으로 분류하면서도 의료인 사이(위 판례사안에서는 의사와 치과 의사 사이)에서 금지되는 행위는 그보다 좁게 해석한 점도 주목할 만하다.

사견으로는, 위와 같은 의료직역 사이의 업무영역의 확대와 이로 인한 업무영역의 중첩에 즉응하여 합리적인 의료인력의 분배와 국민들이 요구에 부합하는 양질의 의료 제공을 위하여서는, 의료법 제27조에서 정하는 "면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다" 부분은 "면허된 범위의 전문적 지식과 기술로서 행하더라도 보건위생상 위해를 가할 수 있는 행위를 할 수 없다"고 해석하는 것이 바람직하지 않은가 생각한다. 당연히 단순히 법해석에 맡기는 것보다 입법적으로 해결되는 것이 더욱 바람직한 것으로 보인다.

2. 한의사와 의사, 치과의사 사이의 업무영역

우리나라 의료체계는 서양의학과 한의학으로 이원적으로 구분되어 있고, 서양의학과 한의학은 그 이론적 근거와 접근방법이 상이하므로, 한의사와 의사·치과의사 사이의 업무영역은 비교적 명확하게 구분된다. 한의사와 의사 또는 치과의사가 서로 상대방이 사용하던 도구를 사용하더라도 그 이론적 근거가 한의학과 서양의학에 기초한 것이라면 허용될 수 있지만, 자신

이 사용하던 도구를 사용하더라도 상대 의학에 이론적 근거를 두고 진료하는 것이라면 무면허의료행위가 될 수 있다.

한의학과 서양의학의 구분과 관련하여, 한의사의 주사행위(대법원 1987. 12. 8. 선고 87도2108 판결), 의사가 한방의서에 나온 약제를 조제하여 처방한 행위(대법원 1989. 12. 26. 선고 87도840 판결)가 각 의료법 위반이라는 판례가 있고, 하급심판결례 중 주목을 끌었던 사례로는 한의사의 CT검사 행위가 의료법위반이라는 판결례가 있다(서울고법 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

이밖에 성형외과에서 시행하는 IPL 시술을 한의사가 시행한 것이 의료법 위반인지에 관하여 대법원에 사건이 계속 중에 있어 그 결과가 주목된다.[44)]

3. 의사와 치과의사 사이의 업무영역

이 부분에 관한 명시적인 판례는 찾지 못하였다. 사견으로는, 의료와 치과 의료는 동일한 의료체계에서 비롯된 것이어서 그 경계를 명확히 하기 어렵고, 실제 언청이 수술, 광대뼈 수술, 활력징후 측정 등은 의사나 치과의사 모두 시행하고 있다. 또한, 미국에서는 소아과 의사로 하여금 소아에게 정기적으로 치아의 불소도포를 시행할 것을 권유하고 있다. 비록 설시상의 문제로 인하여 폐기되긴 하였지만 72도342 판결과 같이 의제의료행위에 관한 정의를 이용하여 의사가 '치과의사가 하지 않으면 보건위생상 위해를 가할 수 있는 행위'를 하거나 치과의사가 '의사가 하지 않으면 보건위생상 위해를 가할 수 있는 행위'를 하는 것이 금지된다고 보아야 할 것으로 생각한다.

---

44) 1심(서울동부지방법원 2010. 4. 9. 선고 2010고정10 판결) 유죄, 2심(서울동부지방법원 2010. 7. 22. 선고 2010노449 판결) 무죄, 대법원 2010도10352호로 계류 중.

4. 의사와 조산사, 의사와 간호사 사이의 업무영역

가. 의사의 조산, 간호행위

먼저 “의사가 조산이나 간호를 하는 것이 무면허의료행위가 될 것인지”가 문제될 수 있다(실제 문제된 사례는 없다. 다만 법체계의 정비와 관련하여 검토한다).

제정법에서는 의료인에게는 간호업을 금지하지 않았으므로 간호업과 관련하여서는 큰 무리가 없었고, 다만 의사의 조산업만 문제될 소지가 있었다. 그런데 현행법에 의하면, 면허된 범위 내에서만 의료행위가 허용되고, 의료(최협의)와 간호는 별개의 직역이며 의학과 간호학은 별개의 학문이기 때문에 엄격하게 문언대로만 해석하면 문제될 소지도 있다.

사견으로는, 무면허의료행위를 금지하는 취지가 보건위생상의 위해 가능성을 회피하여 국민의 건강을 유지, 보호하기 위한 것인 이상, 위와 같은 행위는 무면허의료행위가 되지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합할 것으로 보인다. 이에 관하여는, 앞서 본 바와 같이 ‘다른 직역의 의료인이 행하는 경우 보건위생상 위해를 가할 수 있는지’를 판단기준으로 보면 될 것이다.

입법적으로는 무면허의료행위 금지의 범위를 제정법과 같이 일반인에 대한 금지범위와 의료인 사이의 금지범위를 나누어 규정하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.

나. 조산사의 간호행위

조산사 면허는 간호사 면허를 가진 사람 중에서 추가로 1년의 수습과정을 거친 경우에만 취득할 수 있으므로, 조산사는 당연히 간호사 면허를 가지고 간호행위를 할 수 있다.

다. 조산사의 의료행위[45)]

조산의 사전적 정의는 "해산 때 산모를 돕고 아이를 받는 일"이고, 판례 역시 "조산은 임부가 안전하게 분만할 수 있도록 도와주는 것을 뜻한다"거나 "정상분만하는 경우에 분만에 조력하는 행위"라고 하여 사전적 의미에 따른 해석을 하고 있다(대법원 1988. 9. 13. 선고 84도2316 판결, 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도1694 판결 등).

그러나 조산사는 이상분만의 징후가 있으면 지도의사의 지도감독 하에 필요한 조치를 취하거나 의사에게 전원하여야 하므로, 이상분만에 대한 진단행위는 조산에 필요한 행위로서 당연히 가능하고, 조산사는 지도의사를 신고하기만 하면 단독으로 조산원의 개원이 가능하므로(현행법 제33조 제2항), 조산사의 업무범위는 의사의 개입 없이도 정상적인 분만의 산전진찰, 조산 및 산후관리까지 이루어질 수 있는 범위 내에서는 조산에 필요한 최협의의 의료행위도 가능하다고 할 것이다.

독일의 경우 조산사에 대한 직업령(Berufsordnung für Hebammen und Entbindungspfleger-HebBO)에서 조산사의 업무범위를 구체적으로 규정하고 있으나 우리나라는 이와 같은 규정이 없으므로 그 범위는 해석에 의할 수밖에 없다.

조산사의 업무범위와 관련하여 초기의 판례는 조산사가 임부에게 입덧에 대한 항히스타민제 주사행위, 不定出血에 대한 에스트로겐 주사행위를 한 것에 대하여 원심이 유죄를 인정한 사안에서 "조산원 내에 청진기와 주사기와 같은 의료기구를 비치하고 있음은 그의 업무범위 내에 속한다고 할 것이니 이것으로써는 무면허의료행위를 업으로 한 자료로 삼을 수 없고, 위와 같은 행위가 조산원으로서의 의료행위에 속하는지 여부는 상세한 심리를 하여 보아야 한다"고 하여 원심을 파기하여 조산사의 업무범위를 넓게 본

45) 이 항의 내용 중 독일법에 관한 부분은 한국외국어대학 이병준 교수, 미국법에 관한 부분은 대법원 재판연구관 김건식 박사의 도움을 받아 작성하였다.

것으로 보인다(대법원 1980. 1. 15. 선고 79도2835 판결). 그러나 위 사안은 조산사가 분만과 무관한 진단과 치료를 행한 것이므로 이례적인 판결로 보인다.

이후 판례는, 회음절개술(대법원 1988. 9. 13. 선고 84도2316 판결), 자궁의 과다출혈에 대한 치료(대법원 1988. 9. 20. 선고 86도1694 판결), 질염치료나 임신중절수술(대법원 1992. 10. 9. 선고 92도848 판결), 포도당 또는 옥시토신의 투여(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005도9670 판결), 산부인과 환자의 진찰 · 환부소독 · 처방전 발행(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도2306 판결) 등이 모두 조산사의 업무범위를 벗어난다고 하여 조산사의 업무범위를 좁게 보고 있다.

그런데, 의사가 분만을 담당함에 있어서도 안전한 분만을 위해 임부를 산전진찰할 필요가 있어 분만이 임박하여 비로소 산부인과 진료를 받는 것보다 미리 분만하고자 하는 병원에서 산전진찰을 받는 것이 안전한 분만에 도움이 되고, 또한 정상분만 과정에서도 배변기능에 장애를 초래할 수 있는 3도 열상의 예방을 위해 회음절개술이 시행되는 경우가 많다. 그런데 대법원의 판례에 따르는 경우 조산사는 임부를 진찰하지도 못한 상태에서 조산을 담당하여야 하고 예방적 회음절개술도 할 수 없게 되는바, 이러한 상태에서는 조산원의 개원이 사실상 불가능하고, 조산사를 지망하고자 하는 수련생도 줄어들 수밖에 없지 않는가 하는 의문이 있다.

실제로 최근 조산사가 되기 위한 의료기관 수련생이 해마다 감소하여 2002년 5개 병원에서 75명의 수련생이 있었으나, 2009년 6월에는 3개 병원에 18명의 수련생으로 감소하였고, 조산인력 역시 2002년 1,422명에서 2009년 6월에는 1,236명으로 꾸준히 감소하는 추세에 있으며, 분만 조산원 수는 2002년 25개에서 2007년 11개로 급격하게 감소하였다. 이에 비하여, 일반 국민들의 의식이 높아지고, 의료행위에 대한 참여와 자기 권리가 중시되면서 병원 분만이 아닌 조산원 분만이나 가정분만을 선호하는 사람들이 꾸준히 증가하고 있다. 조산원의 분만건수는 2002년 889건에서 2007

년 1,207건에 이르고 있다. 위와 같이 조산사와 조산원의 수가 국민의 요구에 부응할 수 없는 상태에 이르자 국회에서 조산인력양성을 위한 의료법 일부개정법률안을 발의하기도 하였다.[46)47)]

결국 판례가 조산사의 업무범위를 지나치게 조산 그 자체에 국한한 것은, 산과학 및 조산학의 발전과 변화하는 의료수요를 간과하여 국민이 요구하는 의료의 공급을 어렵게 하는 요인이 되었다고 생각된다.

조산사로 하여금 조산에 필요한 범위 내에서 최협의의 의료행위 중 일부를 할 수 있도록 하는 것은 비교법적으로 보더라도 무리한 해석이 아니다.

독일의 경우 위 조산사에 대한 직업령에서 임신사실의 확인 및 경과관찰을 위한 절차, 회음부절개술 및 복잡하지 않은 회음부봉합술, 의사의 개입을 필요로 하는 산모 또는 신생아의 이상현상의 발견 및 의사의 부재 시 필요한 조치의 시행, 산모의 감호, 원칙적으로 출산 후 10일 동안 산모 상태의 관찰 등을 조산사의 업무로 규정하고 있다.

또한 미국의 경우 대부분의 주에서 일정한 과정과 실습을 거친 면허가 있는 조산사(Certified Nurse-Midwifery: CNM)와 자격이나 면허와 상관없이 과거부터 산파역할을 해왔던 자연적인 조산사(Lay Midwifery)로 나뉘어 두 경우 모두 조산사로 등록하도록 되어 있고, 그 중 캘리포니아의 CNM은 우리나라와 유사하게 간호사 자격이 있는 사람이 일정한 수습과정 등을 거쳐 취득하는데,[48)] 캘리포니아의 법에 의하면, lay midwifery는 회음절개술을 할 수 없으나, CNM은 의사의 감독 아래 정해진 프로토콜 절차에 따라 시행하는 회음부절개술 및 국소마취는 허용되고, 여기서 의사의 감독이 현장에 있는 것을 의미하지는 않는다고 한다.[49)]

---

46) 김춘진 의원 등 14인 발의 의료법 중 일부개정안(의안번호 1806048).

47) http://www.smedaily.co.kr/news/articleView.html?idxno=11120

48) Bus. & Prof. Code, § 2507-2511, 2746.5

49) West's Ann.Cal.Bus. & Prof.Code § 2746.52 [Division 2. Healing Arts (Refs & Annos), Chapter 6. Nursing (Refs & Annos), Article 2.5. Nurse-Midwives (Refs & Annos), § 2746.52. Episiotomies; repair of lacerations of the perineum].

이러한 비교법적 고찰에 비추어 보더라도, 우리나라에서 '의사가 아닌 조산사가 행하는 경우 보건위생상 위해를 가할 수 있는 행위'만을 규제의 대상으로 삼아 조산사의 업무범위를 조산학의 발전과 국민의 수요에 따라 확대하는 것이 불합리한 것은 아니라고 판단된다.

라. 간호사의 의료행위

간호사는 요양 상 간호와 진료의 보조를 할 수 있는데(현행법 제2조 제2항 제5호), 진료의 보조로서 할 수 있는 업무의 한계를 넘는 경우 무면허의료행위가 될 것이다. 그런데 진료의 보조로서 할 수 있는 행위가 어디까지인지는 상당히 어려운 문제라 할 것이다.

의사의 의료행위와 간호사의 간호행위에 관하여, ① 간호사의 독자적 업무인 요양 상 간호를 절대적 간호행위, ② 진료의 보조가 불가능한 경우를 절대적 의료행위로 보고, 진료의 보조가 가능한 업무를 Ⓐ 의사의 구체적 지시를 요하는 행위(상대적 의료행위), Ⓑ 의사의 구체적 지시를 요하지 않는 행위(상대적 간호행위)로 구분하는 견해,[50] 위임이 불가능한 업무, 의존적 업무, 약한 상호의존적 업무, 동등한 상호의존적 업무, 강한 상호의존적 업무, 간호사의 독자적 업무로 구분하는 견해[51] 등이 있다.

전자의 견해에 의하는 경우, 간호사가 의사의 지시 없이 행하더라도 보건위생상 위해를 가할 가능성이 없는 행위는 간호행위, 그렇지 않은 행위는 의료행위로 구분할 수 있고, 간호행위 중 간호행위에도 포함되고 진료에도 포함되므로 간호사가 독자적으로 수행하기도 하고 의사의 지시에 의하여 수행하기도 하는 행위(예컨대 활력징후 측정 등)를 상대적 간호행위

50) 문성제, "간호사고의 원인과 그 예방", 『의료법학』, 제5권 제1호, 제637면.

51) 김기경 등, "간호업무에 대한 법적의무와 책임인식에 관한 연구", 『한국의료법학회지』, 제6권 1호, 제112~113면, 위 연구에서 의하면, 의료행위의 분류에 관한 견해라기보다는 간호사의 책임인식을 확인하는 연구 수행을 임의로 분류한 것으로 보이지만, 전병남, "의료분업과 신뢰의 원칙", 『의료법학』, 제4권 제1호, 제139면에서도 이를 인용하고 있어 업무분담에 관한 하나의 견해로 볼 수 있다.

로 볼 수 있으며, 의료행위 중 진단이나 처방의 결정 등 의사가 직접 시행하지 않으면 보건위생상 위해를 가할 수 있는 행위를 절대적 의료행위로 구분할 수 있을 것이다.

'진료의 보조'가 반드시 의사가 직접 실행하는 것을 보조하는 경우만 의미하는 것인지, 의사의 지시에 의하여 간호사가 직접 수행하는 것이 가능한지에 관하여, 초기에 "간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도 · 감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다"(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결)고 하는 등 간호사의 역할에 관하여 소위 수족론을 택하여 의사가 현장에서 감독할 것을 요구하는 듯한 판시가 있었으나 이후 그 행위의 성질에 따라 의사 없이 간호사가 단독으로 시행하는 것이 가능하다고 그 범위를 완화하였다(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결, 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005도8360 판결). 그러나 최근에 "간호사 또는 간호조무사로서의 '진료보조업무'는 의사가 주체가 되어 행하는 진료행위에 있어 간호사 등이 의사의 지시에 따라 이를 보조하는 행위를 의미하는 것이지 의사가 구두로 지시하였다고 하더라도 실제 의료행위를 간호사 또는 간호조무사가 행하였다면 이는 진료보조행위라고 볼 수는 없다"는 판시(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도1337 판결)가 나왔으나 이후 다시 "간호사나 간호조무사가 진료의 보조를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 하는 것은 아니고 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독만을 하는 것이 허용되는 경우도 있을 수 있으나, 이는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없

고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 또는 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다"는 판시(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2755 판결)가 나온 점에 비추어 보면, 2009도1337 판결에 의하여 판례의 태도가 엄격한 수족론으로 회귀한 것은 아니라고 보인다.

위와 같이 판례의 명확한 입장은 파악할 수 없으나, 반드시 입회가 필요하다는 입장에서는 2010도2755 판결과 같은 판시가 나올 수 없는 반면, 입회하지 않아도 되는 경우가 있다는 입장에서는 구체적 사안에서 입회가 필요한 행위였던 경우 2009도1337 판결과 같은 판시를 하는 것도 가능하다는 점에 비추어 보면, 의사의 입회를 요하지 않고 간호사가 독자적으로 진료행위를 하는 것도 가능하다는 것이 판례의 기본입장으로 보인다.

주사행위 등 모든 진료보조행위의 시행에 반드시 의사가 입회하여야 한다고는 보기 어렵다는 점에 비추어 보더라도, 판례를 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.

VI. 정당행위

특히 보완대체의료와 관련하여, 보완대체의료를 무면허의료행위로 엄격하게 규제하는 경우, 환자들의 의료선택권까지 박탈하는 결과를 초래할 수 있다는 우려가 있다.

이와 같이 의제의료행위를 일률적으로 금지함으로써 발생할 수 있는 부작용에 관하여, 일정한 경우 위법성조각사유를 인정함으로써 그 부작용을 경감시킬 수 있다.

판례는 이와 관련하여, 수지침이 의료행위에 해당한다고 하면서도, "그 침술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고 그 시술로 인한 위험성이

적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다 할 것이고, 다만 개별적인 경우에 그 침술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다"고 하여 수지침 시술행위의 위법성을 조각한 사례가 있다(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결 참조).

광범위하고 보편화된 민간요법이라고 하더라도 그것만으로 안전성에 대한 믿음을 가질 수 있는 것은 아니고, 그 행위의 위험성이 적다는 등 그 위해가 적다하더라도 그 행위가 만연하게 되면 보건위생상 위해의 정도가 커질 수 있으므로, 위와 같은 이유만으로 이를 전면적으로 허용하는 것도 또 다른 문제를 야기할 수 있다는 점에 비추어 보면, 판례의 입장이 합리적인 것으로 보인다.

한편 그 위험성의 정도 등에 대한 판단에 있어, "효과를 본 환자가 있느냐, 그 효과는 어느 정도이냐"만으로는 이를 판단하기는 어렵고, 전체 치료환자 중 효과를 본 환자의 비율, 효과의 정도 등을 비교하여 당연의료행위와 비교하여 더 효율적인지 여부를 파악하는 것이 바람직하다.

최근에는 장병두 옹과 관련하여 이 부분 쟁점이 관심이 되고 있는바, 위 사건에 대한 결과가 기다려진다.

VII. 맺으며

의료의 의미를 세분하여 명확히 하는 것은 의료에 관한 입법이나 정책의 수립에도 도움이 될 것으로 보인다. 먼저 당연의료행위에 관하여는, 의료

의 발전에 따른 새로운 영역을 고려하여 일반적인 유보조항(확장된 의료의 영역)을 두되 가능한 범위 내에서는 이를 열거하여 명확성을 기하는 것이 타당하다. 이는 의료인 사이의 업무영역이나 간호조무사[52]의 업무영역의 한계에 대하여도 명확성을 제시해 줄 수 있다. 또한 필요한 경우 다양한 자격제도를 고안하여 의료인의 지도하에 당연의료행위 중 일부 영역을 담당할 수 있도록 하는 방안도 생각할 수 있다(현행 의료기사제도나 간호조무사 제도와 유사).

협의의 의제의료행위 중 비의료시술은 원칙적으로 의료법의 적용범위에서 배제하고, 특별히 규제의 필요성이 있는 경우에도 별개의 입법으로 별도의 자격요건을 갖춘 사람에게만 이를 허용하는 방법으로 규제하는 안이 고려되어야 할 것이다.

보완대체적 의료행위는 유효성을 검증하여 유효한 것으로 판단되면 허용되어야 할 것이다. 처음에는 사법부에 의하여 위법성조각사유로서 허용될 것이지만, 일단 사법부의 판단이 이루어지면 당연의료행위로 편입할 수 있는 것은 편입하고, 그렇지 않은 경우 독일의 치료사 제도의 도입 등 별도의 허가 등을 통하여 자격요건을 요구하는 조건으로 허용할 필요가 있다.

광의의 의제의료행위에 대하여는 이를 원칙적으로 허용하되, 특별히 필요가 있는 경우 국가의 인증제도 등을 병행함으로써 양질의 보건의료가 제공될 수 있도록 고안할 필요가 있다.

판례는, 무면허의료행위 금지조항의 적용범위를 다소 넓게 해석하는 것으로 보인다. 이는 비의료인의 무면허의료행위 영역에서도 그러할 뿐 아니라 의료인 사이의 무면허의료행위에 대한 판단에서 더욱 두드러진다. 현행 법체계가 그 필요성이 인정되는 영역에서도 의료인과 별도의 자격제도를 두지 않은 채 일률적으로 무면허의료행위를 금지하고 있는 상황에서, 비의

52) 특히 간호조무사의 경우 간호사에 비하여는 그 전문성이 떨어질 수밖에 없으므로, 현재와 같이 진료의 보조를 전면적으로 허용하는 듯한 규정만을 두는 것보다는, 의료기사의 경우에서처럼 그 업무범위를 명확히 할 필요가 있다.

료인의 무면허의료행위 금지조항의 적용범위를 넓게 해석하는 것은 불가피한 측면도 있다. 그러나 비의료시술에 관하여도 의료법상 무면허의료행위 금지조항을 적용하는 것은 보다 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다.

또한 의료인에 대한 무면허의료행위 금지와 관련하여서는 각 의료인의 면허된 범위를 지나치게 좁게 해석함으로써 의료의 발전에 따른 변화 및 국민의 수요에 부응하지 못하는 측면이 있다. 이 부분에 대하여는 각 의료인이 면허를 받은 분야의 지식과 경험만으로 행하는 경우 보건위생상 위해를 가할 수 있는 경우로 제한하여 의료인력의 효율적인 활용과 국민의 의료수요에 부응하도록 하는 전향적인 자세가 필요하다고 보인다.

그 외에 입법론적으로 고려되어야 할 요소들도 있다. 간병인에 대한 법적 근거를 마련할 필요가 있고(예컨대, 제27조 단서에 '일반인의 지식과 경험으로 환자를 돌보는 범위 내에서 간호행위를 하는 것'을 추가하는 방식), 제정법과 같이 비의료인의 무면허의료행위 금지 범위와 의료인의 경우를 별도로 규정하여 의료인 사이에서는 보건위생상 위해를 무면허의료행위 여부에 대한 주된 판단기준으로 삼는 것을 입법적으로 해결하는 것도 고려할 만하다.

주제어 : 의료행위, 의료법, 면허가 있는 조산사, 치료사, 조산원, 약제사

〔 참 고 문 헌 〕

김기경 등, “간호업무에 대한 법적의무와 책임인식에 관한 연구”, 『한국의료법학회지』, 6권 1호.

문성제, “간호사고의 원인과 그 예방”, 『의료법학』, 제5권 제1호.

사법연수원, 『특수불법행위법』.

석희태, “보완대체의료의 법적 평가”, 『의료법학』, 제6권 제1호.

윤진영, “보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조”, 『대법원판례해설』.

이용우, “무면허의료행위에 대한 형사처벌상의 제문제”, 『재판자료』, 제27집.

이장한, “문신의 침습성과 무면허의료행위”, 『형사정책연구』, 제18권 제3호.

전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『의료법학』, 제4권 제1호.

An Analysis of Korean Supreme Court Cases Regarding Medical Practice and Clarifying the Meaning of Medical Practice

Noh, Tae-Heon

Seoul Central District Court

=ABSTRACT=

This article analyzes legal meaning and definition of medical practice examining Korean Supreme Court cases. Until now, there is no right answer about the meaning of medical practice and it is also hard to define of it. Moreover, not only Acts and regulations containing medical practice but also many cases ruling a person who practice medicine, the concept of medical practice involves various meanings. So, it has caused confusion. In order to solve this problem, this article divides the medical practice's meaning into range and nature within prohibition article of the Medical Act about unlicensed personnel who prac1. tice medicine. After providing a explanation of the meaning of medical practice according to amendment of the Act, this article disputes the meanings of the several cases following the amendment. And then analyzing non-medical person's unlicensed medical practice and medical person's unlicensed medical practice.

In order to provide more accurate legal concept of medical practice when Korean government amends the Medical Act or making policies in this field, this classifying analysis approach should be needed. Looking at the result, in general, Korean Supreme Court has interpreted unlicensed prohibition clause of the Medical Act widely; not only non-medical person's unlicensed medical practice but also medical person's unlicensed medical practice.

Therefore, this article suggests that the prohibition clause needs to be careful

applying to non-medical practice. Because, in fact, even though there are some necessity of non-medical practice, there are no qualificatory or license system of non-medical practitioner in the Medical Acts or regulations forbidding whole non-medical practices. Furthermore, the Supreme Court has decided medical person's unlicensed medical practice too narrowly, thus it does not keep up with rapid change of medical development and people's demands these days. Regarding this subject, in order to take advantage of medical practitioners effectively and cope with increasing people's medical demands, this article proposes that medical person's unlicensed medical practice only to be prohibited in case of endangering our public health.

Keyword : Medical Practice, Medical Act, Certified Nurse-Midwifery: CNM, Heilpraktiker, Hebammen, Laboratorien

지정토론문

의료행위의 정의와 관련하여

이 숭 덕*

의료 관련 판례에 영향을 미칠 수 있는 요인들은 매우 다양하고, 이 가운데에는 직접적인 의료행위와는 다소 거리가 있는 것도 포함되어 있는 것 같다. 일례로 의료행위 자체는 행정적인 규율과 상당히 밀접하게 연결이 되어 있고, 더 나아가 의료전달체계 등 사회 제도적으로 의료를 어떻게 운영할 것인지와 무관하지 않다. 이를 고려한다면 단지 판례를 중심으로 의료행위 등 특정 사실이 어떻게 변해왔는지를 고찰하는 것에는 제한점이 없지 않다. 그럼에도 불구하고 많은 의료 판례에서 의료를 어떻게 정의하느냐는 매우 중요한 기준일 수밖에 없고, 이러한 점에서 의료판례를 접하는 사람들은 늘 의료란 무엇인지 정의하고자 노력한다. 하지만 연구자들은 대상 판례에 따라 혹은 제각기의 관점에서 의료행위를 정의하곤 하여 눈높이가 다른 경우가 없지 않고, 이는 곧 의사소통을 어렵게 만드는 요인이 되기도 한다. 이러한 점에서 발표자가 의료를 범위에 따라 혹은 '당연의료' 및 '의제의료' 등의 개념을 활용하여 구분한 것은 매우 돋보이며, 이후 의료의 개념과 관련한 연구 및 연구자들 사이에서의 소통에 적지 않은 도움이 될 것으로 기대한다. 이와 함께 의료법 개정의 시기에 따라 당시 법안의 특징을 비교 분석한 점은 매우 뛰어나다.

이에 추가하여 발표자의 내용에서 다음과 같은 점들이 좀 더 고찰되었으면 한다. 먼저 비의료인 혹은 유사의료인에서 발표자는 그들의 행위를 '진료행위'와 '비진료행위'로 나누고 각각에 대해 해당하는 규율을 할 수 있으리라 한다. 결국 진료 혹은 비진료를 구분하여야만 하는데 빠르게 변하는

* 서울대학교 의과대학 법의학교실

의료의 특성상 혹은 의료행위의 모호성에 따라 명확한 구분이 어려울 가능성이 없지 않을까 우려가 있다. 이와 같은 문제는 결국 무면허의료행위를 어떻게 규율할 것인지와 밀접하게 연결되어 있는데, 단지 의료행위의 관점에서 접근하여야 할 문제라기보다는 절차적으로 어떻게 규율하는 것이 좋을지 접근하는 것은 어떤지 고민이 필요한 부분이라 하겠다.

한편 의료 영역은 최근 통합의 경향을 보이기도 한다. 의료와 한방의료의 구분은 지금까지 많은 논란의 대상이기도 하였지만 최근 이들 영역은 점점 구별성이 떨어지는 경향을 보이고 있기도 하다. 이를 고려할 때 발표와 같이 의료, 한방의료의 구분은 의미가 퇴색할 수도 있겠다. 지금 당장 이러한 경향을 반영하는 것은 쉽지 않겠지만, 결국 이러한 상황은 의료의 본질에 따른 변화이고, 장차 이러한 경향이 좀 더 강하게 나타날 상황임을 고려할 때 법적인 관점에서 의료를 어떻게 정의하고 어디까지 어떻게 규율할 것인지 고민이 필요하겠다.