

의료법 제27조 제3항 환자 ‘유인’ 금지의 적용범위

이 석 배*

I. 서론

II. 연혁과 입법목적

1. 1981년 12월 31일 구 의료법 제25조 제3항의 신설
2. 2002년 3월 30일 구 의료법 제25조 제3항의 개정
3. 2009년 1월 30일 의료법 제27조 제3항 개정
4. 개정방향과 입법목적

III. 의료법 제27조 제3항의 구성요건적 행위

1. ‘소개·알선’ 행위
2. ‘사주’하는 행위
3. ‘유인’ 행위

IV. ‘유인’ 행위 주체의 축소해석 필요성과 행위정형

1. 의료법 제27조 제3항의 흠결과 축소해석 필요성
2. 의료시장 질서를 근본적으로 해하는 등 ‘특별한 사정’
3. ‘유인’ 행위의 축소방법으로서 ‘행위정형’
4. 변호사법 제34조 제1항과 비교해석의 필요성(?)

V. 결론

* 논문접수: 2011. 4. 28. * 심사개시: 2011. 5. 10. * 게재확정: 2011. 6. 10.

* 단국대학교 법과대학 조교수, 법학박사

* 이 논문은 이 글은 2011년 5월 21일 대한의료법학회 춘계학술대회에서 발표했던 것을 수정, 보완하고 심사를 통하여 게재되었음. 좋은 의견 주셨던 김형원 검사, 최민영 박사, 그리고 박경춘 부장검사께 감사의 마음을 전합니다.

I. 서론

의료법 제27조 제3항은 “누구든지 국민건강보험법이나 의료급여법에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다”고 하여 환자유인행위 등 금지를 규정하고, 단서에서 “환자의 경제적 사정 등을 이유로 개별적으로 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 받아 환자를 유치하는 행위”와 “국민건강보험법 제93조에 따른 가입자나 피부양자가 아닌 외국인(보건복지부령으로 정하는 바에 따라 국내에 거주하는 외국인은 제외한다) 환자를 유치하기 위한 행위”는 허용하고 있다. 그러나 제27조 제4항에서 보험업법 제2조에 따른 보험회사, 상호회사, 보험설계사, 보험대리점 또는 보험중개사의 외국인환자를 유치행위를 금지하고 있다. 그리고 이 규정을 위반한 경우 제88조에 따라 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하 벌금형의 처벌규정을 두고 있다.

이러한 의료법 제27조 제3항의 규정의 해석에 여러 가지 의문이 있다. 먼저 이 규정은 주체에서 ‘누구든지’라고 규정하고 있다. 본래 형사처벌규정의 경우 주체가 기술되지 않은 경우 누구나 주체가 될 수 있다.¹⁾ 따라서 ‘누구든지’라는 문언이 없더라도 의료인 역시 범죄 주체가 될 수 있다. 여기에 굳이 없어도 해석에 차이가 없는 ‘누구든지’라고 기술한 이유는 의료인도 주체가 될 수 있다는 점을 강조하기 위한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 그러나 위 행위의 주체에 언제나 의료인이 포함된다고 해석하면 의료인 자신의 영업상 영리를 목적으로 하는 환자 유치 행위를 모두 환자유인행위에 해당한다고 해석해야 하고 정상적인 영업마저도 불가능한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 더구나 의료광고를 허용하고 있는 현행 의료법(제

1) 행위능력이 있는 자연인은 누구나 범죄주체가 될 수 있다. 행위능력은 책임능력과 구별되기 때문에, 책임무능력자라고 하더라도 범죄주체가 되는 것에는 문제가 되지 않는다.

56조 제1항)에 비추어 보면 의문은 더 커진다.

행위정형의 측면에서 유인행위는 의료인에게 허용되고 있는 광고행위와 구별되지 않는다. 의료법인·의료기관 또는 의료인 아닌 자의 광고나, 광고가 금지되는 내용을 포함하거나 금지되는 방법에 의한 경우와 허위·과장광고 금지를 의료법 제56조 제1항 내지 제4항과 제89조에서 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하 벌금형의 처벌규정을 두고 있다. 따라서 광고는 유인행위에 포함될 수 있고 양죄의 법정형을 고려하면, 광고규정 위반으로 처벌하는 외에 별도로 유인행위로 처벌하는 것이 부당하지 아니한가 하는 의문도 든다.

의료법 제27조 제3항 주체에 의료인이 포함되느냐에 대한 해석은 '소개·알선·유인·사주'라는 행위태양의 해석과 관련하여 달라질 수 있다. 이 규정의 해석을 위하여 아래에서는 환자유인행위 등을 금지하는 규정의 입법 취지와 제정 당시의 논의를 검토하고, '소개·알선·유인·사주' 행위의 해석에 따라 행위주체에 의료인이 포함될 수 있는지를 살펴보도록 한다.

II. 연혁과 입법목적

1. 1981년 12월 31일 구 의료법 제25조 제3항의 신설

1981년 12월 31일 법률 제3504호에 의해 신설된 의료법 제25조 제3항은 “누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위를 할 수 없다”고 규정하였다. 이 규정의 신설이유에 대하여 개정이유서는 “의료기관 주위에서 환자를 소개, 알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위를 금지”하기 위한 것으로 이 규정의 입법취지를 설명하고 있다.²⁾ 또한 국회 상임위원회 회의록에서 조금 더 자

2) 1981년 12월 31일 법률 제3504호 의료법 일부개정안(1981.11.21.) 의안번호 제110138호 개정이유 제3호.

세한 내용을 볼 수 있는데, 회의록에 따르면 “이러한 환자유인행위는 병고에 지쳐 있는 환자의 어려운 처지를 악용하여 영리적인 목적을 추구하고자 하는 비인도적인 동기에서 나온 것인 만큼 그러한 파렴치한 행위에 대한 강력한 제재는 진작부터 필요했던 것”이라고 입법 취지를 설명하고 있다.³⁾ 당초 개정법률안에는 ‘의료기관 주위에서 영리를 목적으로 환자를 유인하는 행위를 하는 자’에 대한 처벌규정을 두고 의료인의 유인 또는 사주행위에 대한 규정은 없었던 것으로 보인다. 그러나 전문위원의 검토의견에서 “환자유인행위는 대체로 의료기관이나 의료인의 사주 내지 목인을 전제로 한 브로커들의 영리목적행위라는 점에서 환자 유인행위자만을 응징함은 실효성을 크게 감소시킬 뿐만 아니라, 편파적 입법이라는 비난가능성 또한 배제할 수 없으므로 의료기관 또는 의료인에게 환자를 유인하는 행위자만이 아니라 이러한 유인행위를 사주 내지 목인한 유인 의료기관 또는 의료인이 있을 경우에는 이들도 함께 처벌하도록 하는 쌍벌규정의 설정도 고려되어야 한다”는 의견을 제시하였고,⁴⁾ 이러한 전문위원의 의견을 받아들여 “이를 사주하는 행위”를 추가하였다. 결국 ‘이를 사주하는 행위’는 비의료인의 소개·알선·유인행위 등을 이용한 의료인을 처벌하기 위한 것으로 보인다.

2. 2002년 3월 30일 구 의료법 제25조 제3항의 개정

2002년 3월 30일 의료법 개정에 의하여 의료법 제25조 제3항은 “누구든지 국민건강보험법 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 아니 된다. 다만, 환자의 경제적 사정 등 특정한 사정이 있어 관할 시장·군수·구청장의 사전

3) 제108회 국회 보건사회위원회 제17차 전체회의 회의록(1981.12.3.), 제4면.

4) 의료법 개정안 보건사회부 심사보고서(1981.12.10.), 제5면 이하.

승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하였다.

이 규정은 김성순의원 등 54인이 발의한 의료법 개정법률안과 이해찬의원 등 6인 외 108인의 의료법 개정법률안의 내용이 대안에 편입된 것이다.⁵⁾ 입법이유서가 “의료기관 또는 의료인이 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 행위를 구체적으로 규정”하기 위함이라고 개정이유를 밝히고 있는 것처럼,⁶⁾ “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”이라는 문언을 추가하여 소개·알선·유인행위의 구체적 예로 들고 있다.

이 규정은 2007년 4월 11일 의료법 전면개정(법률 제8366호)을 통해 자리만 제27조 제3항으로 옮겨졌다.⁷⁾

3. 2009년 1월 30일 의료법 제27조 제3항 개정

내·외국인을 불문하고 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위를 금지하고 있어 의료기관이 지니고 있는 대외경쟁력을 약화하게 하는 측면이 있으므로 보건복지부장관에게 등록을 한 의료기관 등에게 국내에 거주하지 아니하는 외국인 환자에 대한 유치활동을 허용하도록 개정하였다. 다만 보험업법에 따른 보험회사 등은 유치활동을 할 수 없도

5) 김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제160830호; 이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호.

6) 2002년 3월 30일 법률 제6686호 의료법 일부개정안(2002.2.28.) 의안번호 제161480호 개정이유 3. 대안의 주요골자 마. 이 내용은 김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제160830호 개정이유 주요골자 라 및 이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 개정이유 주요골자 바.

7) 2007년 4월 11일 의료법(법률 제8366호) 제27조 제3항은 “누구든지 국민건강보험법이나 의료급여법에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 환자의 경제 사정 등 특정한 사정이 있어서 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 받은 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하여 내용에는 변화가 없고 자구만 수정하였다.

록 제한하고 있다(제27조 제4항). 이에 따라 허용되는 환자 유치활동으로 ‘환자의 경제적 사정 등을 이유로 개별적으로 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 받아 환자를 유치하는 행위’ 이외에 ‘국민건강보험법 제93조에 따른 가입자나 피부양자가 아닌 외국인(보건복지부령으로 정하는 바에 따라 국내에 거주하는 외국인은 제외한다) 환자를 유치하기 위한 행위’를 추가하였다.

4. 개정방향과 입법목적

1) 1981년 12월 31일 의료법 개정법률에 의하여 제25조 제3항이 신설될 당시에는 “의료기관 주위에서 영리를 목적으로 환자를 유인하는 행위를 하는 자”를 처벌하기 위한 목적에 대한 언급만 있을 뿐, 의료인의 유인 또는 사주행위에 대한 규정은 없었던 것으로 보인다.

하지만 2002년 3월 30일 의료법 개정법률 제25조 제3항은 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”의 문구를 추가함으로써 의료기관 또는 의료인도 영리목적으로 환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 행위의 주체로 해석할 수 있는 여지가 생겼다. 2009년에는 외국인 환자 유치활동을 허용하기 위해 개정이 이루어진 것으로 볼 수 있다.

2) 의료법 제27조 제3항의 개정방향과 그에 따른 해석을 위해 우선 보호법익을 검토할 필요가 있다. 형사처벌법규의 경우 보호법익은 규정의 해석 방향을 보여주기 때문이다.

의료법의 목적은 1951년 국민의료법에서 “국민의 보건향상과 국민의료의 적정”이라고 하였던 것이 1962년 3월 20일 의료법으로 명칭과 함께 전면개정에서도 그대로 유지되다가, 1973년 2월 16일 의료법 전부개정에서 “국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의

건강을 보호증진”으로 바뀌었다. 이것이 2007년 4월 11일 의료법 전부개정
으로 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요
한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진”하는 것으로 변경되
었지만 내용적으로는 큰 차이 없다. 60년 동안 의료법의 목적은 “적정”이
“모든 국민에게 수준 높은 의료 혜택”으로 바뀐 것 이외에는 변화가 없다.
결국 의료법의 궁극적 목적은 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것으로 볼
수 있다.

이러한 목적과 이 규정의 입법 이유에 비추어 볼 때 의료법이 환자의 소
개·알선·유인행위를 금지하는 이유는 첫째, 의료가 상품화되고 경쟁의 과
열에서 나타날 수 있는 불공정거래행위의 유형을 제한하기 위함이다.⁸⁾ 둘
째, 환자의 유인에 소요되는 비용이 환자를 위해 이루어져야 하는 최선의
의료서비스에 사용되어야 하는 비용에서 충당될 수 있기 때문이다.⁹⁾ 즉
“금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위” 등은
의료비 외에 추가비용이 발생하고 그 비용은 의료비에서 충당될 수 있다.
이러한 비용은 면제·할인·기타 편의제공을 받는 환자의 의료비 절감이 있
다고 하더라도 그 비용만큼 저질 의료의 가능성이 있고 그 피해는 결국 환
자에게 돌아갈 위험이 있기 때문이다. 셋째, “본인부담금을 면제 또는 할인
하는 행위”는 환자 스스로 비용을 지불하지 않음으로 발생할 수 있는 불필
요한 의료행위에 대해 제재를 가함으로써 국민건강보험의 재정건전성을 확
보하는 것이다. 이 점은 2002년 3월 30일 개정법률안(대안)의 내용이 포함
된 김성순의원 등 발의안과 이해찬의원 등 발의안에 대한 검토보고서와 심
사보고서에 그대로 나타난다. 이에 따르면 “개정안의 취지는 일부 사회복지
법인에 부설된 의료기관이 주로 노인들을 대상으로 점심 등을 제공하여 유
인한 뒤 건강검진 정도의 저급한 진료행위를 무료로 제공하면서 그에 따른

8) 박 철, “의료법 제25조 제3항의 사주행위의 의미”, 『대법원판례해설』, 제30호, 1998, 제
제640면, 제646면.

9) 대한의사협회, 『의료법원론』, 2008, 제137면.

요양급여비용을 대거 청구함으로써 건강보험재정의 부실화를 촉진한 데 대하여 환자유인행위를 금지하려는 것으로서 그 동안 우리 위원회의 국정감사에서 이에 대한 대책이 필요한 것으로 여러 차례 지적된 사항을 이번에 입법화하려는 것으로서 타당한 조치”로 볼 수 있다고 한다.¹⁰⁾

III. 의료법 제27조 제3항의 구성요건적 행위

의료법 제27조 제3항에 규정된 구성요건적 행위는 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위”이다. 물론 이러한 행위는 “영리를 목적”으로 이루어져야 한다.

1. ‘소개·알선’ 행위

소개의 사전적 의미는 “① 둘 사이에서 양편의 일이 진행되게 주선함, ② 서로 모르는 사람들 사이에서 양편이 알고 지내도록 관계를 맺어 줌, ③ 잘 알려지지 아니하였거나, 모르는 사실이나 내용을 잘 알도록 하여 주는 설명”으로,¹¹⁾ 알선은 “① 남의 일이 잘되도록 주선하는 일, ② (장물인 줄 알면서도) 매매를 주선하고 수수료를 받는 행위”로 정의된다.¹²⁾ ‘소개·알선’이 금지되는 행위로 규정된 경우는 관세사법, 성매매알선 등 처벌에 관한 법률, 변호사법, 응급의료에 관한 법률, 의료기사 등에 관한 법률 등이 있

10) 보건복지위원회, 「김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제 160830호 심사보고서(2002.2.)」, 제17면; 「이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정 법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 심사보고서(2002.2.)」, 제23면; 「보건복지위원회 수석전문위원, 의료법중개정법률안 - 김성순의원 대표발의, 이해찬의원 대표발의 - 검토보고서(2001.11.)」, 제27면.

11) 네이버 국어사전(<http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=21710500>).

12) 네이버 국어사전(<http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=25229800>).

으며,¹³⁾ ‘소개’는 직업안정법 제2조의2 제2호 등에서, ‘알선’이라는 구성요건적 행위는 형법 제132조 알선수뢰와 제362조 제2항 장물 취득 등의 알선죄, 마약류관리에 관한 법률 제3조, 장기 등 이식에 관한 법률 제7조 제1항 제3호, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조, 제7조, 제8조 등에 서도 볼 수 있다.

‘소개’의 개념은 직업안정법 제2조의2 제2호에서 직접 볼 수 있는데, “직업소개”란 구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것을 말한다고 한다. 또한 ‘알선’은 ‘일정한 사항에 대하여 특정인과 그 상대방 사이를 매개하거나 주선하는 것 또는 중개하거나 편의를 도모하는 것’을 의미한다.¹⁴⁾ 개념상으로 ‘알선’이 ‘소개’보다 더 적극적이라고 보이지만 적용과 해석에서 특별한 차이는 없어 보인다.¹⁵⁾

이 해석에 따르면 의료법 제27조 제3항의 ‘소개·알선’은 ‘환자와 특정 의료기관 또는 의료인과 의료계약이 성립되도록 중개하거나 편의를 도모하는 행위’라고 정의할 수 있다.¹⁶⁾ 이 ‘소개·알선’ 행위의 경우 영리목적으로 특정 의료기관이나 의료인에게 ‘소개·알선’하는 경우에는 의료기관이나 의료인도 범죄 주체가 될 수 있다. 예컨대 작은 규모의 의원을 찾은 환자가 정밀검사를 원하는 경우, 이 환자를 CT나 MRI 등 기기를 갖춘 의료기관을 소개하고 사례비를 받은 경우에는 의료인도 ‘소개·알선’ 죄의 주체가 될 수 있

13) 변호사법은 제34조, 제36조, 제37조와 의료기사 등에 관한 법률 제14조는 소개·알선·유인을, 응급의료에 관한 법률 제54조의2는 의료법 제27조 제3항과 같이 소개·알선·유인·사주를 규정하고 있다.

14) 배중대, 『형법각론』, 2011, 제587면, 제836면; 이재상, 『형법각론』, 2010, 제453면, 제738면; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도6490 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1968 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도1203 판결; 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도7067 판결; 대법원 2006. 7. 13. 선고 2006도1341 판결; 대법원 2005. 9. 28. 선고 2005도4062 판결; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 등.

15) 박 철, 전계논문, 제640면, 제649면.

16) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결; 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도803 판결 등.

으며, 의료법 제27조 제3항의 구성요건에 해당한다.

또한 의료인이 교통사고 환자를 소개·알선·유인하는 자에게 사례비를 주겠다고 하여, 교통경찰관 등이 교통사고로 부상을 입은 환자들을 위 의료인에게 데리고 가 치료를 받게 하였다면 환자를 소개·알선한 경우에 해당한다.¹⁷⁾ 반면 환자 측과는 아무런 접촉이 없는 상태에서 특정 의료기관에 응급치료를 요하는 환자의 발생 사실과 그 환자가 있는 장소를 알려주고 그 결과 특정 의료기관에서 출동한 구급차로 그 환자를 후송하여 치료함으로써 치료위임계약이 성립되었다고 하더라도 위와 같은 환자의 발생 사실과 그 환자가 있는 장소를 알려준 행위가 환자를 특정 의료기관 등에 소개한 것이라고 할 수는 없다.¹⁸⁾ 따라서 이러한 경우에는 비록 사후에 사례비를 받았다고 하더라도 의료법 제27조 제3항 ‘소개·알선’ 죄에 해당하지 않는다.

2. ‘사주’하는 행위

‘사주’는 특정 의료기관 또는 의료인에게 환자를 ‘소개·알선·유인’ 행위를 하도록 결의시키는 행위로 해석한다.¹⁹⁾ 사주는 타인에게 범죄행위를 결의시킨다는 점에서 형법상 교사와 유사하다. 그러나 형법상 교사범으로 처벌하기 위해서는 공범종속성원칙에 따라 피교사자가 범행결의를 실행행위로 옮겨야 한다.²⁰⁾ 만약 실행행위가 없거나 사주 받은 자가 이를 거절하는 경우에는 형법 제31조 제2항, 제3항에 따라 효과 없는 교사 또는 실패한 교사가 되고, 예비·음모에 준하여 처벌된다. 그러나 예비·음모는 처벌하는 특별규정이 있는 경우에만 처벌이 가능하기 때문에, 의료법 제27조 제3항에 ‘사주’라는 행위태양을 두어 정범으로 처벌하도록 한 것으로 볼 수 있다.

17) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결.

18) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도803 판결.

19) 대한의사협회, 『의료법원론』, 2008, 제138면; 박 철, 전계논문, 제640면, 제649면.

20) 배종대, 『형법총론』, 2011, 제640면.

이 점은 “의료기관 또는 의료인에게 환자를 유인하는 행위자만이 아니라 이러한 유인행위를 사주 내지 묵인한 유인 의료기관 또는 의료인이 있을 경우에는 이들도 함께 처벌하도록” 해야 한다는 입법 이유에서 잘 드러난다.²¹⁾ 따라서 ‘사주’의 규정은 의료기관 또는 의료인에 대한 처벌이 주를 이루는 것으로 볼 수 있다.

대법원도 의료법 제27조 제3항의 ‘이를 사주하는 행위’를 “타인으로 하여금 영리를 목적으로 환자를 특정 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선·유인할 것을 결의하도록 유혹하는 행위를 말하는 것으로서 어떠한 행위가 사주행위에 해당하는가의 판단은 일반인을 기준으로 당해 행위의 결과 영리를 목적으로 환자를 특정 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선·유인할 것을 결의하도록 할 정도의 행위인지의 여부에 의하여야 할 것이다. 또한 사주행위가 범죄행위를 교사하는 행위와 유사하나 이를 별개의 구성요건으로 규정하고 있는 이상 당해 행위가 일반인을 기준으로 영리를 목적으로 환자를 의료기관에 소개·알선·유인할 것을 결의하도록 할 정도의 행위이기만 하면 범죄가 성립하고, 그 결과 사주 받은 자가 실제로 소개·알선·유인행위를 결의하였거나 실제로 소개·알선·유인행위를 행할 것까지 요구되는 것은 아니라 할 것”이라고 한다.²²⁾

3. ‘유인’ 행위

의료법 제27조 제3항의 행위태양에서 가장 문제가 되는 ‘유인’은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자가 특정 의료기관 또는 의료인과 의료계약 성립을 유도하는 행위로 정의된다.²³⁾ 유인행위의 해석에서는 영리목적이 아주 중요한 역할을 한다. 앞에서 보았던 ‘소개·알선’의 경우는 환자를 유치해주고

21) 「의료법 개정안 보건사회부 심사보고서(1981.12.10.)」, 제5면 이하.

22) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결.

23) 대한의사협회, 『의료법원론』, 2008, 제138면; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도 2780 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결 등.

영리를 추구하는 것이고, ‘사주’는 이러한 행위를 하도록 결의시키는 것이다. 의료기관 또는 의료인에게 영리목적으로 ‘유인’해주는 경우는 실제로 ‘소개·알선’과 구별이 어렵고, ‘유인’행위를 통하여 특정 의료기관 또는 의료인으로부터 대가를 받는다는 점에서 불법의 유형에 차이가 있다고 보기 어렵다.²⁴⁾ 그런데 ‘유인’이 ‘환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 의료계약을 체결하도록 유도하는 행위’를 의미한다면, 여기서 의료기관이나 의료인 본인이 자신과 의료계약을 체결하도록 유인하는 행위도 포함되는가 하는 문제가 있다.

개정안의 취지인 “의료기관이 주로 노인들을 대상으로 점심 등을 제공하여 유인한 뒤 건강검진정도의 저급한 진료행위를 무료로 제공하면서 그에 따른 요양급여비용을 대거 청구함으로써 건강보험재정의 부실화를 촉진한 데 대하여 환자유인행위를 금지하려는 것”에 따르면,²⁵⁾ 당연히 의료기관 또는 의료인도 행위주체가 되어야 입법취지를 살릴 수 있다. 이러한 입법 취지를 고려하여 추가된 것이 “국민건강보험법이나 의료급여법에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”이다. 이러한 행위는 의료기관이나 의료인도 행위주체가 될 수 있으며, 이 규정의 개정취지가 그대로 반영된 것으로 볼 수 있다.

그런데 의료기관이나 의료인이 유인행위의 주체가 된다고 해석하면, 의료기관이나 의료인이 영리목적으로 환자를 유인하는 행위가 모두 구성요건에 해당하는 행위가 된다. 이러한 해석에 의하면 의료기관과 의료인이 영리목적으로 환자를 유치하는 모든 활동이 유인행위에 해당하게 된다. 즉

24) 박 철, 전계논문, 제640면, 제650면.

25) 보건복지위원회, 「김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제160830호 심사보고서(2002.2.)」, 제17면; 「이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 심사보고서(2002.2.)」, 제23면; 보건복지위원회 수석전문위원, 「의료법중개정법률안-김성순의원 대표발의, 이해찬의원 대표발의-검토보고서(2001.11.)」, 제27면.

언제나 의료기관 또는 의료인이 환자유인행위 금지의 주체가 된다는 해석은 지나치게 직업 활동의 자유를 침해하게 될 수 있다.

IV. '유인' 행위 주체의 축소해석 필요성과 행위정형

1. 의료법 제27조 제3항의 흠결과 축소해석 필요성

'환자를 의료기관 또는 의료인에게' '유인'하는 행위의 주체가 문제되는 것은 문언의 불명확성에도 기인한다. '소개·알선'의 경우는 행위 자체가 제3자들 사이에서만 가능하기 때문에, 행위의 주체와 의료기관 또는 의료인은 다른 주체임이 명확하다. 하지만 '유인'의 경우는 행위태양이 제3자뿐만 아니라 자신에게도 가능한 행위이다. 결국 의료법 제27조 제3항 유인행위의 구조는 '누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 유인'하는 행위가 된다. 그런데 우리 어법상 주어가 자신에게 유인하는 경우는 "의료인 또는 의료기관에게"라는 문언은 불필요하다. 따라서 의료인 또는 의료기관이 자신에게 환자를 유인하는 경우는 이 규정에서 예정하는 행위유형이 아니고, 의료인 또는 의료기관은 유인행위의 주체가 될 수 없다고 볼 수도 있다.²⁶⁾ 이러한 해석은 "국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등"을 예시로 규정한 2002년 의료법 개정 이전에는 충분히 타당성을 인정할 수 있는 견해이기는 하다. 그러나 현행 의료법을 이렇게 해석하면 의료인을 유인행위의 주체로 보려고 했던 입법규정에 반한다.²⁷⁾ 법률문언 자체로도 환자유인죄의 주체를 제

26) 박 철, 전계논문, 제640면, 제651면 이하.

27) 입법이유서는 "의료기관 또는 의료인이 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 행위를 구체적으로 규정"하기 위함이라고 개정이유를 밝히고 있다. 2002년 3월 30일 법률 제6686호 의료법 일부개정안(2002.2.28.) 의안번호 제161480호 개정이유 3. 대안의 주요골자 마. 이 내용은 김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안

한하는 내용이 담겨있지 않다. 이렇게 보면 ‘의료인 또는 의료기관’이 자신에게 환자를 ‘유인’하는 행위도 의료법 제27조 제3항의 ‘유인’행위유형에 해당한다고 해석할 수 있다. 그러나 이 규정을 둔 입법자의 의도가 의료인이 영리목적으로 자신에게 환자를 유인하는 경우를 언제나 금지한다고 보기도 어렵다. 더욱이 유인행위는 제한적이긴 하지만 의료법 제56조에 따라 원칙적으로 의료인에게 허용되고 있는 광고행위와 구별되지 않는다.

의료광고에 관하여 의료법에 정의규정을 두고 있지 않으므로 일반적인 개념정의에 따라 검토하기로 한다. 일반적으로 광고는 광고주가 사람의 대화 가 아닌 다양한 미디어를 통해 제품이나 서비스 또는 아이디어에 관하여 확 인 가능한, 통상적으로 유료이며 사실상 대개는 설득적인 정보를 커뮤니케 이션하는 것으로 설명되고 있다.²⁸⁾ 또한 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제2조에 따르면 광고는 ‘사업자가 자신 또는 경쟁사업자에 관한 사항이나 자 기 또는 경쟁사업자가 공급하는 상품의 거래내용이나 거래조건 등에 관한 사 항에 대하여 신문, 잡지, TV, 라디오, 방송 등의 매체를 이용하여 일반 소비 자에게 선전 또는 표시하는 행위’라고 정의할 수 있다. 이러한 개념정의에 따 르면 광고는 그 행위 자체가 ‘유인’을 전제로 한다. 그런데 이러한 의료인과 의료기관의 의료광고를 허용하면서도 의료인과 의료기관이 언제나 환자유 인죄의 주체가 된다고 해석하면 같은 법률안에서 체계적인 모순이 발생한다.

헌법재판소는 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것)

(2001.6.15.) 의안번호 제160830호 개정이유 주요골자 라 및 이해찬의원 등 6인 외 108 인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 개정이유 주요골자 바.

- 28) 이종민·김지선, “공정거래법상의 문제점과 표시광고법상의 개선책: 허위·과장광고의 규제실태를 중심으로”, 『광고학연구』, 제12권 제4호, 2001, 제207면; 장대련·한민희, 『광고론』, 2006, 제8면. 본래 광고는 마케팅의 측면과 커뮤니케이션 측면을 나누어 정의할 수 있다. 즉 마케팅 측면에서는 신문을 밝힌 광고주의 아이디어, 상품 또는 서비스를 비대면적으로 제시하거나 판매를 촉진하는 활동으로(안광호·유창조, 『광고원론』, 2002, 제13면; 장대련·한민희, 상계서, 제32면 이하), 커뮤니케이션의 측면에서는 광고주가 통제 내지 제어되고 확인 가능한 정보를 특정매체를 통하여 전달하고 설득하여 의미공유를 이루고 반응을 유발하고자 하는 활동(안광호·유창조, 상계서, 제6면)이라고 표현할 수 있다. 하지만 오늘날은 일반적으로 양 측면을 통합하여 광고의 개념을 이해하는 것이 일반적이다.

제46조 제3항 중 '특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법'에 관한 광고금지 및 제69조 중 위 광고금지 위반 부분에 대한 위헌법률심판에서 “..... 일반적으로 상업광고는 불법적인 내용이거나 허위 혹은 기만적인 것이 아닌 한 그 자체가 해로운 것은 아니다. 개인은 충분한 정보가 제공될 경우에 자신들의 최선의 이익을 인식할 수 있으며, 그러한 목적에 가장 좋은 수단은 의사소통을 담아 놓는 것이 아니라 열어 놓는 것이다. 만일 국가가 소비자 보호를 이유로 허위나 과장된 것이 아닌 사실에 기초한 의료정보의 유통까지 막는다면 소비자는 오히려 무지의 상태에 놓여진다. 자유시장 경제에서 소비자에게 상업적 정보가 충분히 보장되어 소비자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 하는 것은 표현의 자유의 중요한 과제에 속한다. 문제는 의료소비자가 현혹되거나 기만될 수 있는 의료광고를 차단하는 것이지, 기능과 진료방법에 관한 모든 의료광고를 차단하는 것이 아니”라고 보고, 의료현실의 변화라는 사정과 이 사건 조항이 아니더라도 그 입법목적은 다른 규정들에 의하여 충분히 달성될 수 있다는 점 등을 들어 이 사건 조항이 ‘피해의 최소화’ 원칙에 위반되고, ‘법익의 균형성’ 원칙에도 위배된다고 보았다. 따라서 이 사건 조항이 비례의 원칙에 위배하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해한다고 판단하였다.²⁹⁾ 결국 헌법재판소의 해석에 따르면 “불법적인 내용이거나 허위 혹은 기만적인 것”이 아닌 한 의료광고는 허용된다고 보는 것이다.

이 점은 대법원도 인정하는 것으로 보인다. 대법원은 “의료기관 주위에서 환자 유치를 둘러싸고 금품수수 등의 비리가 발생하는 것을 방지하고 나아가 의료기관 사이의 불합리한 과당경쟁을 방지하려는 데에 있는 점, 의료기관도 영리를 목적으로 하는 이상 소비자인 환자들에게의 접근을 완전히 봉쇄할 수는 없으므로 소비…… 의료기관·의료인이 스스로 자신에게 환자를 유치하는 행위는 그 과정에서 환자 또는 행위자에게 금품이 제공되지

29) 헌법재판소 2005. 10. 27. 2003헌가3 전원재판부 결정.

나 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 의료법 제25조 제3항의 환자의 ‘유인’이라 할 수 없”다고 한다.³⁰⁾

이러한 헌법재판소와 대법원의 판례는 의료법 제27조 제3항의 규정에서 ‘유인’행위의 주체에 언제나 의료인과 의료기관이 포함되는 것으로 해석할 수 없다는 점, 즉 “입법자의 의도에는 어긋나는 불완전성”, 즉 “법의 흠결”이 존재한다는 점을 인정하는 것이다.³¹⁾ 이러한 법의 흠결 존재 여부는 방법론상 중요한 의미를 갖는다. 법의 흠결이 없다면 법관은 법문언의 가능한 의미 안에서 해당사안에 대한 결론을 도출하면 되지만, 법의 흠결이 있는 경우는 이를 보충할 방법을 검토하고 보충방법의 정당성도 동시에 검토해야 하기 때문이다. 이러한 불완전성을 인정한다면 이 규정을 어떻게 보충할 것인가가 문제이다. 의료법 제27조 제3항의 문언에서 ‘유인’행위의 주체에 제한을 찾을 수 없지만, 의료인과 의료기관에게 광고를 허용하는 의료법 제56조에 비추어 볼 때 입법자의 의도가 모든 의료인과 의료기관의 유인행위를 처벌하고자 했던 것이 아니라는 점은 명백하다. 따라서 이 규정은 의료인 또는 의료기관의 일정한 환자유인행위를 금지하고자 했지만, 입법자의 의도와는 달리 법률문언이 의료인과 의료기관의 모든 환자유인행위를 금지할 수도 있는 ‘은폐된 법의 흠결’을 담고 있다. 결국 의료인과 의료기관의 환자유인행위는 금지되는 행위와 허용되는 행위로 구별되어야 하고, 입법취지(ratio legis)를 고려하여 법률문언에 의해 지나치게 확장될 수 있는 법문의 적용범위를 ‘다른 것을 다르게’라는 원칙에 따라 축소해야 한다.³²⁾

헌법재판소와 대법원도 특정한 경우에 의료인이나 의료기관이 언제나 유

30) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결.

31) 법의 흠결과 불완전성의 개념에 관하여는 김영환, 『법철학의 근본문제』, 2006, 제272면 이하; Engisch, Einführung in die juristische Denken, 2005, 177ff. 참고. 법의 흠결은 명시적 흠결과 은폐된 흠결로 나뉜다. 명시적 흠결은 입법 목적에 따를 때 특정한 행위나 사례군이 포함되어야 함에도 이에 대한 규정이 포함되지 않은 경우를 말하고, 은폐된 흠결은 법률이 해당사태에 대하여 규율하고 있지만 해당사태의 특수성을 간과한 경우에 해당한다. 따라서 이 글에서 문제가 되는 흠결은 은폐된 흠결에 해당한다.

32) Engisch, Einführung in die juristische Denken, 2005, 199ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 202ff.

인행위의 주체가 될 수 없거나 또는 유인행위 자체에 해당하지 않는다고 보거나, 특정한 경우에만 해당한다고 보는 해석으로 이 규정의 불완전성을 보충하려고 한다. 문헌에서도 유인행위의 주체가 의료기관·의료인인 경우는 그 범위를 축소해석 해야 한다는 점에는 어느 정도 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.³³⁾

2. 의료시장 질서를 근본적으로 해하는 등 '특별한 사정'

대법원은 의료인 또는 의료기관의 환자유인행위를 축소해석하는 기준으로 의료시장질서를 제시한다. 건강보험이 적용되지 않는 비급여 부분에 대한 할인에 대하여 대법원은 “의료기관의 행정부장인 A는 병원장인 B의 허락을 받고 공공기관 및 단체 등을 방문하여 시중보다 저렴한 가격에 건강검진을 실시하고 있음을 홍보한 사실을 알 수 있고, 그 과정에서 A가 의료기관으로부터 따로 금품을 제공받은 점은 보이지 아니하는 바, 의료기관의 승인 하에 행정부장의 자격으로 행해진 A의 행위는 개인의 행위가 아니라 곧 의료기관의 행위로 보아야 할 것이어서 의료기관 스스로 환자를 유치한 경우에 해당하고, …… 이러한 행위가 의료시장의 질서를 근본적으로 해할 정도에 이르렀다고 보지도 아니하여 같은 항의 환자의 '유인'에도 해당하지 아니한다”고 판시하였다.³⁴⁾

이러한 대법원의 입장은 의료법 제27조 제3항의 입법취지에 “환자유치를 둘러싼 금품수수 등 비리발생을 방지하고 과당경쟁을 방지”하여 의료시장질서를 보호하고자 하는 것으로 보는 것이다. 이 점은 의료광고를 제한하는 의료법 제56조 제2항과 같은 취지로 보인다.³⁵⁾ 이러한 취지가 반영되어 2002

33) 박 철, 전제논문, 제640면, 제650면; 최동렬, “인터넷 홈페이지의 상담계시판을 이용한 낙태 관련 상담과 구 의료법 제25조 제3항의 유인해당여부”, 『형사판례연구』, 제14호, 2006, 제379면, 제402면 이하.

34) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결.

35) 보건복지위원회, 「김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제 160830호 심사보고서(2002.2.)」, 제19면; 「이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정

년 3월 30일 의료법 개정에서 이 규정에 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”의 문구가 추가된 것이다. 이에 덧붙여 불필요한 수진을 유발하여 총의료비가 상승하는 것을 방지하는 목적도 담겨있다. 물론 본인부담금 면제 또는 할인행위는 건강보험재정의 건전화도 그 목적으로 한다. 이러한 전체적인 내용은 넓은 의미에서 의료시장질서에 포함된다고 볼 수 있다. 이 점은 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진”한다는 의료법의 목적에도 부합한다. 특히 2002년 3월 30일 개정안의 검토보고서와 심사보고서 등에 나타나는 것처럼 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”을 예시로 규정하여 의료인이나 의료기관이 건강보험재정의 악화를 초래하고, 의료시장의 질서를 해하는 행위에 해당한다고 판단되는 경우에는 의료인과 의료기관도 유인행위의 주체가 될 수 있다고 볼 수 있다.

그러나 대법원은 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 것 이외에 ‘특단의 사정’에 불법적인 의료행위를 해주겠다고 약속하는 경우도 포함되는 것으로 해석한다. 대법원에 따르면 “의료인 또는 의료기관 개설자의 환자 유인행위도 환자 또는 행위자에게 금품이 제공되거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 같은 법 제25조 제3항의 유인행위에 해당한다고 할 것이고, 합법적인 의료행위를 하면서 환자를 유인할 목적으로 금품을 제공하는 경우는 물론, 법이 금지하고 있어 의료

법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 심사보고서(2002.2.), 제25면; 「보건복지위원회 수석전문위원, 의료법중개정법률안-김성순의원 대표발의, 이해찬의원 대표발의-검토보고서(2001.11.)」, 제29면 등은 “의료광고를 전면적으로 허용할 경우 환자유치를 위한 무분별한 광고로 인한 의료기관 간의 과당경쟁과 이로 인한 의료질서의 문란이 우려되고, 불필요한 수진심리의 유발로 국민총의료비의 상승이 예상되며, 의학적인 검증을 거치지 않은 특정기능·진료방법에 대한 광고로 인한 의료사고 발생이 우려되는 등 많은 부작용이 우려되고 있어 의료광고에 대한 제한은 여전히 필요하다”고 한다.

인으로서 마땅히 거부하여야 할 의료행위를 해주겠다고 제의하거나 약속함으로써 환자를 유혹하여 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 경우도 같은 법 제25조 제3항의 유인행위에 해당한다”고 한다.³⁶⁾ 이러한 관점은 의료시장질서의 개념에 의료질서도 포함되는 것으로 이해한다. 그에 따라 시술 자체가 불법인 의료행위(모자보건법상 허용되지 않는 낙태 등)나 시술의 동기나 목적과 결합하여 불법인 의료행위(병역기피 목적의 무릎연골 수술 등)의 경우도 의료시장질서와는 무관하지만 의료질서에는 명백히 반하기 때문에 이러한 불법인 의료행위를 시행하겠다고 유인한 경우에는 의료법상 환자유인죄에 해당한다고 한다.³⁷⁾ 이렇게 해석하지 않으면 적법한 의료행위를 저렴한 가격에 제안한 의사는 처벌받고, 위법한 의료행위를 제안하여 실행에 옮긴 의사는 (의료법상 금지되는 광고에도 해당하지 않음으로) 무죄라는 결론에 도달하므로 부당하다고 한다.³⁸⁾

그러나 이러한 견해에는 동의할 수 없다. 입법이유서에 따르면 의료법상 환자유인 금지의 목적은 의료시장질서와³⁹⁾ 국민건강보험재정의 건전성을 확보하기⁴⁰⁾ 위함이다. 위의 견해가 제시하는 것처럼 의료법이 낙태를 금지

36) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도 2780 판결.

37) 최동렬, 전계논문, 제379면, 제406면.

38) 최동렬, 전계논문, 제379면, 제407면.

39) 「의료법 개정안 보건사회부 심사보고서(1981.12.10.)」, 제5면 이하. “환자유인행위는 대체로 의료기관이나 의료인의 사주 내지 묵인을 전제로 한 브로커들의 영리목적행위라는 점에서 환자 유인행위자만을 응징함은 실효성을 크게 감소시킬 뿐만 아니라, 편파적 입법이라는 비난가능성 또한 배제할 수 없으므로 의료기관 또는 의료인에게 환자를 유인하는 행위자만이 아니라 이러한 유인행위를 사주 내지 묵인한 유인 의료기관 또는 의료인이 있을 경우에는 이들도 함께 처벌하도록 하는 쌍벌규정의 설정도 고려되어야 한다.”

40) 보건복지위원회, 「김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제160830호 심사보고서(2002.2.)」, 제17면; 「이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 심사보고서(2002.2.)」, 제23면; 「보건복지위원회 수석전문위원, 의료법중개정법률안-김성순의원 대표발의, 이해찬의원 대표발의-검토보고서(2001.11.)」, 제27면. “의료기관이 주로 노인들을 대상으로 점심 등을 제공하여 유인한 뒤 건강검진정도의 저급한 진료행위를 무료로 제공하면서 그에 따른 요양급여비용을 대거 청구함으로써 건강보험재정의 부실화를 촉진한데 대하여 환자유인행위를 금지하려는 것”이다.

하거나 병역기피를 금지하는 것은 아니다. 의료법의 목적은 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진”이다. 낙태는 형법과 모자보건법이, 병역기피는 병역법이 그 역할을 한다. 하나의 법률이 모든 영역을 규율할 수는 없다. ‘불법인 의료행위’라는 표현에 이미 의료법의 다른 조항 또는 다른 법률에서 그 행위를 불법으로 규정하고 있다는 것을 전제로 한다. 따라서 의료시장질서와 건강보험재정의 건전성을 해하는 유인행위만 의료법 제27조 제3항의 환자유인죄로 처벌하고, 그 이외의 불법인 의료행위를 약속하여 환자를 유인하여 시행한 경우에는 그 불법에 따라 처벌하면 족하다. 더욱이 위 견해가 예를 들고 있는 낙태와 병역기피의 경우는 의료인을 형법 제270조 제1항 업무상 동의낙태죄와 병역법 제86조, 제91조에 의해 처벌이 가능하므로 굳이 의료법 제27조 제3항의 환자유인죄로 처벌해야 하는지 의문이다. 따라서 의료법이 규정하는 것처럼 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등”과 같은 동일한 불법의 내용을 갖는 유인행위의 경우에만 의료인이나 의료기관이 주체가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

3. ‘유인’ 행위의 축소방법으로서 ‘행위정형’

‘유인’을 구성요건적 행위로 규정하고 있는 대표적인 규정인 형법의 제287조 이하의 제31장 약취와 유인의 죄에서 ‘유인’은 ‘기망 또는 유혹’을 의미한다고 해석한다. ‘유인’의 개념은 의료법 제27조 제3항의 환자유인행위 금지에서도 동일하게 해석한다. 대법원은 “유인이라 함은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위”를 의미한다고 본다.⁴¹⁾

41) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도 2780 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판

여기서 '유인'의 구체적 방법으로 제시하고 있는 '기망'과 '유혹'을 통해 '유인'의 개념이 무한하게 확장되는 것을 방지하는 것으로 보는 견해가 있다.⁴²⁾ 이 견해에 따르면 형법상 제287조 이하의 미성년자 약취·유인죄 등에서 동일한 개념으로 볼 수는 없지만 '기망 또는 유혹'을 수단으로 하는 행위만을 환자유인죄의 행위정형에 해당한다고 보아야 한다고 한다.⁴³⁾ 또한 '기망 또는 유혹'이 '유인'개념의 해석을 제한하는 역할을 하기는 하지만, 어느 정도의 동기 제공이 '유혹'에 해당하는지 경계가 모호하다고 하기도 한다.⁴⁴⁾ 그러나 '유인'의 개념을 '기망 또는 유혹'에 의한다는 해석은 의료법 제27조 제3항의 '유인'의 해석에서만 제한하는 역할을 하는 것이 아니라, 위에서 본 것처럼 본래 형법에서 사용되는 '유인'의 일반적인 해석이다. 즉 의료법상 '유인'은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자가 특정 의료기관 또는 의료인과 의료계약 성립을 유도하는 행위이고,⁴⁵⁾ 형법상 '유인'은 기망 또는 유혹을 수단으로 사람을 자유로운 생활관계 또는 보호관계에서 자기 또는 제3자의 사실적 지배하로 옮기는 행위이다. 형법 제287조 이하 미성년자 약취·유인죄 등의 해석에서는 '유인'의 개념이 모호하기 때문에 '기망' 또는 '유혹'이 '유인' 개념을 제한하는 역할을 한다고 보지는 않는다.

'기망 또는 유혹'의 행위정형을 갖는 행위의 경우에만 환자유인죄의 구성요건에 해당한다고 본다면,⁴⁶⁾ '기망'과 '유혹'이 갖는 행위정형을 구체적으로 검토하여야 한다. 행위정형의 동가치성은 행위태양과 관련된 행위반가치요소이므로 행태의존적 범죄의 경우에만 문제가 되기 때문이다.⁴⁷⁾ 일반

결; 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결 등.

42) 박 철, 전계논문, 제640면, 제650면; 최동렬, 전계논문, 제379면, 제402면 이하.

43) 박 철, 전계논문, 제640면, 제650면.

44) 최동렬, 전계논문, 제379면, 제402면 이하.

45) 대한의사협회, 『의료법원론』, 2008, 제138면; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도 2780 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결 등.

46) 박 철, 전계논문, 제640면, 제650면. 그러나 이 견해는 구체적으로 기망과 유혹이 갖는 행위정형이 무엇인지에 대하여는 언급이 없다.

47) 김일수, 『한국형법 II』, 1996, 제495면; 배종대, 『형법총론』, 2011, 제739면; 이재상, 『형

적으로 ‘기망’은 허위사실로 상대방을 착오에 빠지게 하는 것이고, ‘유혹’은 기망 정도는 아니면서 甘言으로 상대방을 현혹시켜 판단력을 흐리게 하는 것을 의미한다고 본다.⁴⁸⁾ 이러한 해석에 따르면 ‘기망’과 ‘유혹’의 차이는 질적 차이가 있는 것이 아니라 양적 차이로 구별된다고 볼 수 있다. 왜냐하면 기망은 허위의 정보를 제공함으로써 상대방이 허위의 사실을 진실한 사실로 착오하게 하는 것이고, 유혹은 기망에는 해당하지 않지만 상대방의 판단력을 흐리게 하는 행위라고 보기 때문이다. 그렇다면 기망, 유혹과 행위정형의 동일성을 갖는 행위는 환자가 정확한 판단을 하지 못하도록 방해하거나 방해할 위험이 있는 행위라고 보아야 한다. 이렇게 보면 정확한 정보 제공에 의한 ‘유인’은 상대방의 판단을 흐리게 하거나 착오에 빠지게 하는 행위가 아니기 때문에, 의료법 제27조 제3항의 ‘유인’행위에는 포함되지 않는 것으로 해석해야 한다.

그러나 의료법 제27조 제3항이 금지하는 행위유형으로 예시하고 있는 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위”는 ‘기망’과 ‘유혹’의 개념에 비추어 행위정형을 가지는 행위가 아니다. 다시 말하면 위에 예시된 행위는 환자의 정확한 판단을 하지 못하도록 방해하거나 방해할 위험이 있는 행위라고 보기는 어렵다.

‘기망’과 ‘유혹’은 법문언의 내용이 아니라 대법원과 학설이 ‘유인’을 해석하기 위해 사용하는 개념이다. 따라서 ‘유인’행위에 해당하기 위해서 ‘기망’과 ‘유혹’과 행위정형의 동일성을 가져야 할 근거는 없다. 오히려 ‘유인’행위의 행위정형의 동일성을 찾으려 한다면 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위”와 행위정형의 동일성을 찾는 것이 타당하다.

법총론』, 2010, 제123면.

48) 배종대, 『형법각론』, 2011, 제231면.

이렇게 보면 위에서 언급한 것처럼 '유인'행위는 의료법이 규정하는 것처럼 "국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위", "금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등"과 같은 동일한 불법의 내용을 갖는 유인행위의 경우에만 의료인이나 의료기관이 주체가 될 수 있다고 해석해야 한다는 점이 보다 명확해진다.

4. 변호사법 제34조 제1항과 비교해석의 필요성(?)

의료법 제27조 제3항을 변호사법 제34조와 비교하여 설명하는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 이 견해는 의료법과 변호사법이 이 양자의 전문가 직역이 공익적 성격을 동시에 가지며, 조문에 '유인'이라는 행위태양이 공통적으로 들어 있는 것을 기초로 양법을 비교하는 것으로 보인다.⁵⁰⁾

그러나 변호사법 제34조 제1항이 신설될 당시 심사보고서에 따르면 이 규정의 입법취지는 "법조주변 부조리 사범의 근절을 위하여 변호사에게 사건을 알선한 후 금품 등을 수수하는 행위에 대한 처벌규정을 신설"한 것이며,⁵¹⁾ "법조 주변에서 특정변호사에게 민·형사사건을 알선해 주고 금품을 수수하는 경우 사건알선자와 변호사 간에 금품수수에 관한 사전 공모가 있는 때에만 현행법 제78조 제2호에 의하여 처벌되던 것을 앞으로는 사전 공모가 있었는지 여부에 관계없이 처벌할 수 있게 함으로써 법조주변의 부조리를 척결하기 위한 것"이라고 한다.⁵²⁾ 이러한 입법목적은 의료법 제27조 제3항의 환자유인행위를 금지하는 규정의 입법취지와 유사하기는 하나, 환

49) 최동렬, 전계논문, 제379면, 제388면 이하.

50) 최동렬, 전계논문, 제379, 제391면 이하. 아울러 ABA(American Bar Association)의 직업 윤리 모범규칙(Model Rules of Professional Conduct)과 AMA(American Medical Association)의 윤리장전(Code of Ethics)을 비교법적으로 검토한다.

51) 변호사법중개정법률안(1993.3.10.) 의안번호 제140175호 제안이유.

52) 법제사법위원회, 「변호사법중개정법률안(1993.3.10.) 의안번호 제140175호 심사보고서(1993.2.)」, 제12면.

자유인죄의 경우 “건강보험재정의 건전성”이라는 목적이 추가됨으로써 유인행위의 주체에 의료기관과 의료인이 포함될 수 있음이 명백하나, 변호사법 제34조 제1항, 제2항과 제109조는 규정을 종합하여 보면 변호사법 제34조 제1항에 변호사가 자신에게 유인하는 경우는 포함된다고 해석할 수 없다.⁵³⁾

동일한 법개념(누구든지, 소개·알선·유인)을 사용한다고 하더라도, 동일한 법문언에서 출발하지만 입법취지와 규정목적에 따라 보호방향을 고려하여 언제나 동일하게 해석되어야 하는 것은 아니다.⁵⁴⁾

V. 결 론

의료법 제27조 제3항의 규정의 최초 입법취지는 “병고에 지쳐있는 환자의 어려운 처지를 악용하여 영리적인 목적을 추구하고자 하는 비인도적인 동기에서 나온 것인 만큼 그러한 파렴치한 행위에 대한 강력한 제재”의 필요성이었고, 사후에 개정되면서 “저급한 진료행위를 무료로 제공하면서 그에 따른 요양급여비용을 대거 청구함으로써 건강보험재정의 부실화를 촉진한데 대하여 환자유인행위를 금지하려는 것”이다. 또한 최초입법 당시 “환자유인행위는 대체로 의료기관이나 의료인의 사주 내지 묵인을 전제로 한 브로커들의 영리목적행위라는 점에서 환자 유인행위자만을 응징함은 실효성을 크게 감소시킬 뿐만 아니라, 편파적 입법이라는 비난가능성 또한 배제할 수 없으므로 의료기관 또는 의료인에게 환자를 유인하는 행위자만이 아니라 이러한 유인행위를 사주 내지 묵인한 유인 의료기관 또는 의료인이 있을 시에는 이들도 함께 처벌하도록 하는 쌍벌규정의 설정도 고려되어야 한다”는 전문위

53) 최동렬, 전계논문, 제379면, 제390면.

54) 법개념의 상대성에 대하여는 Demko, Zur Relativität der Rechtsbegriffe in strafrechtlichen Tatbeständen, SR 132, 2002, 제87면 이하. Engisch, Einführung in die juristische Denken, 2005, 제95면, 제211면 등; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, 제99면; Ryu/Silving, Was bedeutet die sogenannte “Relativität der Rechtsbegriffe”?, ARSP 59, 1973, 제57면 이하.

원의 검토의견이 제시되었고, 이를 고려하여 '사주' 행위를 추가하였다. 또한 "국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위"를 금지유형으로 도입은 "의료기관 또는 의료인이 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 행위를 구체적으로 규정"하기 위함이다. 그리고 의료법의 목적은 "모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진"이다. 이러한 입법목적은 종합적으로 고려해보면 이 규정의 목적은 의료시장질서와 건강보험재정의 건전성을 확립함으로써 국민건강을 보호하는 것이다.

의료법 제27조 제3항의 입법취지, 법문언을 고려해보면 환자유인행위의 주체에 의료기관과 의료인이 포함되지 않는다고 해석하기는 어렵다. 그러나 의료기관과 의료인이 영리목적으로 환자를 유인하는 일체의 행위를 금지한다면 이 역시 의료기관과 의료인의 영업활동에 큰 제약이 된다. 아울러 의료광고를 허용하고 있는 점을 고려하면 의료인과 의료기관이 언제나 환자유인죄의 주체가 된다고 해석하면 같은 법률안에서 체계적인 모순이 발생한다. 법문언상 의료인의 유인행위가 환자유인죄에 해당할 수 있는 것은 입법자가 당초에 예상하지 못했던 법의 흠결로 볼 수 있다. 따라서 이러한 법의 흠결을 보충하기 위해서는 입법목적에 비추어 의료인의 유인행위를 어느 정도 축소 해석할 필요가 있다.

대법원이 '유인'을 해석하는 기준으로 사용하는 '기망'과 '유혹'과 행위정형의 동치성이 있는 경우만 유인에 해당한다고 보는 견해도 있다. '기망'과 '유혹'의 행위정형의 동치성은 판단을 흐리게 하거나 흐리게 할 위험이 있는 행위가 되고, 이렇게 해석하면 정확한 정보제공에 의한 '유인'은 상대방의 판단을 흐리게 하거나 착오에 빠지게 하는 행위가 아니기 때문에, 의료법 제27조 제3항의 '유인'행위에는 포함되지 않는 것으로 해석해야 한다. 그러나 의료법 제27조 제3항의 규정이 예시하고 있는 "국민건강보험법 또는 의

료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위”는 상대방의 판단을 흐리게 하거나 착오에 빠지게 하는 행위라고 보기 어려우므로 현행법의 해석과는 맞지 않는다.

이러한 관점에서 “의료시장의 질서를 근본적으로 해할 정도”이거나 “건강보험재정을 악화”시키는 경우에 한하여 의료기관과 의료인의 환자유인행위가 금지되는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 대법원은 이와 더불어 “불법인 의료행위”를 해주겠다는 방법으로 환자를 유인한 경우도 해당한다고 해석한다. 그러나 이미 “불법적 의료행위”라는 개념 안에 우리 법질서 안에서 다른 법률규정이 이러한 행위를 불법으로 규정하고 있으므로 이러한 경우에는 그 불법에 의하여 처벌하면 족하다. 따라서 “국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위”, “금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위”와 동일한 불법의 내용을 갖는 유인행위의 경우에만 의료인이나 의료기관이 주체가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 의료법이 모든 불법을 규율하는 만능법은 아니다.

주제어 : 환자유인행위, 의료시장질서, 불법적 의료행위 약속, 건강보험재정의 건전성, 은폐된 법의 흠결.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 2006.
- 김일수, 『한국형법 II』, 개정판, 1996.
- 박 철, “의료법 제25조 제3항의 사주행위의 의미”, 『대법원판례해설』, 제30호, 1998.
- 배종대, 『형법각론』, 제7판, 2011.
- _____, 『형법총론』, 제10판, 2011.
- 안광호·유창조, 『광고원론』, 제2판, 2002.
- 이재상, 『형법각론』, 제7판, 2010.
- _____, 『형법총론』, 제6신판, 2010.
- 이종민·김지선, “공정거래법상의 문제점과 표시광고법상의 개선책: 허위·과장 광고의 규제실태를 중심으로”, 『광고학연구』, 제12권 제4호, 2001.
- 장대련·한민희, 『광고론』, 제2판, 2006.
- 최동렬, “인터넷 홈페이지의 상담게시판을 이용한 낙태 관련 상담과 구 의료법 제25조 제3항의 유인해당여부”, 『형사판례연구』, 제14권, 2006.
- 대한의사협회, 『의료법원론』, 2008.

2. 외국문헌

- Demko, Daniela, Zur Relativität der Rechtsbegriffe in strafrechtlichen Tatbeständen, SR 132, 2002.
- Engisch, Karl, Einführung in die juristische Denken, 10.Aufl., 2005.
- Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. neu bearbeitete Aufl., 1995.
- Ryu, Paul K./Silving, Helen, Was bedeutet die sogenannte “Relativität der Rechtsbegriffe”?, ARSP 59 (1973), 57.

3. 의안정보

제108회 국회 보건사회위원회 제17차 전체회의 회의록(1981.12.3.).

의료법 개정안 보건사회부 심사보고서(1981.12.10.).

보건복지위원회 수석전문위원, 의료법중개정법률안-김성순의원 대표발의, 이해찬의원 대표발의-검토보고서(2001.11.).

김성순의원 등 54인 의료법중개정법률안(2001.6.15.) 의안번호 제160830호 보건복지위원회 심사보고서(2002.2.).

이해찬의원 등 6인 외 108인 의료법중개정법률안(2001.6.20.) 의안번호 제160839호 심사보고서(2002.2.).

Anwendungsbereich der Verleitung des Patienten im Sinne des §27 Abs. 3 des Gesundheitsdienstgesetz

Lee, Seok-Bae

Dankook University, College of Law

=ABSTRACT=

§27 Abs. 3 des Gesundheitsdienstgesetz (the Medical Service Act) in Korea lautet: Niemand in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der Medizininstitut bzw. dem Mediziner (die Medizinerin) den Patienten vorstellen, übeweisen, verleiten oder einen anderen zu dieser Handlung anstiften darf, wie z.B. die Selbstbeteiligung des Patienten nach dem Krankenkassengesetz (the National Health Insurance Act) oder dem Gesetz über Beistand der ärztlicher Betreuung (the Medical Care Assistance Act) skontieren oder befreien, Geld offerieren oder dem Allgemeinheit das Verkehrswesen anbieten usw.

Nach dem Wortlaut ist jedoch unklar, ob unter diese Vorschriften der Fall subsumiert werden kann, wenn eine Medizininstitut bzw. ein(e) Mediziner(in) in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, sich den Patienten verleitet.

Nach dem Korean Supreme Court ist eine Medizininstitut bzw. ein(e) Mediziner(in) nur dann das Subjekt der Verleitungshandlung, wenn sie bzw. er ein Mittel gegen fairen oder ordnungsmäßigen Medizinmarkt verwendet oder dem Patienten eine ärztlich rechtswidrige Behandlung (z.B. einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch) verspricht.

In diesem Beitrag wird dagegen die Auffassung mittels der teleologischen Reduktion vertritt und argumentiert, dass ein ärztlich rechtswidrige Behandlung nach dem Rechtsgut und dem Normzweck unter §27 Abs. 3 des Gesundheitsdienstgesetz nicht subsumiert werden, sondern allein nach eigenem Unrecht bestraft werden kann.

Keyword : Verleitung des patienten, Medizinmarktordnung, Verabredung der ärztlich rechtswidrigen behandlung, Finanzielle gesundheit der krankenkassen, Verdeckte rechtslücke
--