

# 의료행위와 기본권: 헌법 해석적 접근

장 철 준\*

I. 서론
II. 명확성의 원칙
1. 헌법재판소 결정 내용
2. 선행연구에서의 비판
3. 사건(문언 해석에 의한 추가 비판)
III. 직업선택의 자유(의료인 국가 관리 체계)
1. 헌법재판소 결정 내용
2. 의료인 면허제도(법제사적 접근)
3. 프로페셔널리즘(professionalism) 지배 하의 의료 직역
4. 의료 직역에 대한 이상적 규율 모형
5. 입법부작위의 문제
IV. 환자의 의료 선택권과 건강권 및 생명권
1. 의료행위 선택권
2. 환자의 건강권 및 생명권
V. 결론을 대신하여: 의료행위 규정의 제안

## I. 서론

우리나라 의료법 전체의 역사를 통틀어 의료법상 ‘의료행위’의 개념은 학계·실무를 불문하고 상당한 논란을 야기하였던 주제이다. 아직까지도 논쟁은 지속되고 있는데, 여기에는 의료행위가 무엇인지를 구체적이고 명확하게 정

\* 논문접수: 2014. 5. 12. \* 심사개시: 2014. 5. 12. \* 수정일: 2014. 6. 12. \* 게재확정: 2014. 6. 14.

\* 단국대학교 법과대학 조교수, 법학박사(J.S.D.).

\* 이 글은 2013학년도 단국대학교 대학연구비 지원으로 연구한 결과물임.

의하지 않은 채 ‘무면허 의료행위’에 형사처벌을 부과할 수 있도록 규정한 법체계의 형태에 근본 원인이 있다. 의료법을 두고 발생하는 상당수의 문제가 이 ‘의료행위의 정의’로부터 비롯된다는 점을 생각하면, 이제는 상당히 심각한 정도의 상황 인식을 가지고 접근할 필요가 있을 것이다. 특히 불명료한 법조문에 기초한 의료법 체계로 인하여 다수의 헌법상 기본권 침해가 발생할 가능성이 있으므로, 의료행위와 관련한 각종 논란은 헌법 해석의 차원에서 먼저 분명한 정리가 필요하다.

의료행위의 문제가 곧 헌법 사항으로 연관되는 것은, 그에 대한 법적 정의에 기본권 침해의 요인이 담겨 있기 때문이다. 의료법 제27조(구 의료법 제25조)는 무면허 의료행위를 처벌하는 근거로 마련된 규정인데, “의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없으며, 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”는 내용이 담겨 있다.<sup>1)</sup> 그러나 이 외에 의료행위가 무엇을 말하는지에 관하여 직접적으로 설명하는 규정은 존재하지 않는다. 다만 같은 법 제12조에서 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”을 약칭하여 의료행위라 하고 있을 뿐이다. 또한 같은 법 제2조는 의료인의 정의를 내리고 있는데 “보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사”를 열거하는 방식을 취하고 있다. 이들 규정을 종합적으로 해석하면, 현행법상 의료행위는 ‘국가로부터 면허를 취득한 의사·치과의사·한의사·조산사·간호사인 의료인이 행한 의료기술의 시행’ 정도로 이해할 수 있을 것이다.

의료행위에 관한 의료법 규정 체계는 일반적인 형사법규의 규정 방식과는 사뭇 다르다. 범죄성립요건으로서의 구성요건요소를 행위의 차원에서 구체적으로 특정하지 않고 의료인이라는 행위자의 차원에서 기술하고 있기 때문이

---

1) 본 규정에 위반한 무면허 의료행위에 영리의 목적까지 더해질 경우 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’이라는 특별법에 의하여 더욱 무거운 처벌로 규율된다. 행위의 목적과 처벌의 측면에서만 의료법 규정과 차이를 보일 뿐 다른 대부분의 논의는 비슷하기 때문에, 이 글에서는 기본이 되는 의료법 규정만을 중심으로 서술하기로 한다. 우리 의료법 전체 체계가 의료법상의 의료행위 개념에 기반을 두어 존립하고 있다는 점을 지적한 글로, 김경제, “의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙: 헌법재판소 2008헌가19 등(병합) 결정을 중심으로”, 『공법학 연구』, 제13권 제1호, 제282면.

다. 즉, 처벌 대상은 국가의 면허를 받지 않은 자의 모든 의료행위와, 면허 이외의 분야를 시행하는 면허 소지자의 의료행위가 처벌의 대상이 된다는 것이다. 의료기술 시행의 결과보다는, 철저하게 ‘면허’라는 국가의 행정행위에 의한 요건 구비 여부에 따라 범죄의 성립 요건이 좌우되는 구조로 되어 있다. 형사사법의 측면에서 이는 중대한 헌법적 문제를 유발한다. 곧, 신체의 자유를 규정한 헌법 제12조, 제13조의 기초적 헌법 이념, 즉 죄형법정주의와 명확성의 원칙에 대한 심각한 도전 문제이다. 이것이 의료법상 의료행위 규정으로 인하여 생기는 가장 큰 첫 번째 헌법 쟁점이라 할 수 있다. 신체의 자유는 생명과 자유, 재산에 대한 국가의 합법화 된 강제적 폭력으로부터 원초적으로 개인을 보호하는 헌법적 방어 장치이므로,<sup>2)</sup> 죄형법정주의를 그 오랜 역사와 함께 가장 엄격하게 고수되어야 할 기본권 원리 중의 하나로 이해하여야 하기 때문이다.

다음으로, 행위자 중심의 국가 관리적 의료행위 규정 체계는 면허 부여의 대상으로 오직 ‘의료인’만을 지정하고, 지정된 의료인 또한 면허 이외의 의료 활동을 엄격히 제한함으로써, 면허 없는(혹은 면허 이외의) 의료기술 시행자에 대한 직업의 자유 문제를 배태하고 있다. 국가는 의료 면허를 수여받을 수 있는 자의 자격을 정하는 대신 의료인들에게 의료행위에 관한 독점적 권한을 부여하며, 의료 직역 내에서도 엄격하게 권한을 분할하는 방식으로 직접적인 관리 체계를 취하고 있다. 여기에 의료행위의 수급 대상인 국민의 건강권 수호라는 중대한 공익을 기치로 하였음은 두말할 나위 없다.<sup>3)</sup> 국가가 관리하는 의료인들 이외의 의료적 접근을 “무면허 의료행위”라는 이름으로 원천 차단하는 방식을 통해, 안전성이 상대적으로 떨어진다고 추정되는 무면허 의료기술 수행자로부터 발생할 수 있는 부작용을 애초부터 방지하겠다는 의도로 보인다. 그러나 이러한 의료법의 규정 체계는 그 규율 방식이 형성된 역사의 측면에서 볼 때 의도의 순수성에 의심을 던질 수 있는 증거가 적지 않게 발견된다. 사회적 권력

2) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014, 제495~496면.

3) 의료법 제1조(목적) 이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.

으로서의 의료인에 대한 지위 보장과 보전에 관한 국가 규율의 편리성이 맞물려 지금과 같은 의료행위 규정이 고착된 측면이 있다는 것이다.<sup>4)</sup> 또한 현실의 측면에서도, 정통 의학의 급격한 발달에 못지않게 소위 보완·대체의학(Complementary and Alternative Medicine)의 효과 또한 의료 소비자의 인식 속에 치료의 설득력을 얻어가고 있는 실정임을 무시할 수 없는 상황이다.<sup>5)</sup> 이 영역의 종사자들 중에서도 상당한 수준의 이론적·학문적 기반을 바탕으로(나름의)임상 결과를 거쳐 의료 기술을 투입하는 이들이 존재하기 때문이며, 국가가 면허를 통해서 지식과 기술을 보증한 의료인이 면허 범위 이외의 의료행위를 하는 데 전혀 전문성을 갖추지 못하였다고 말할 수도 없기 때문이다. 이러한 이들이 상당한 수준의 치료 결과를 바탕으로 소비자들에게서도 신뢰를 얻고 있다면, 범위를 할당한 국가 면허 제도만을 통해 이들 직업 수행에 관한 기본권을 제한하는 것이 헌법적 설득력을 계속해서 보유할 수 있을 것인지에 대하여 근본적으로 고민할 필요가 있다.

마지막으로 현행 의료행위 규정 체계는 의료 서비스 소비자인 국민의 다양한 의료 선택권을 침해할 가능성이 있다. 구체적으로, 면허를 받지 못한 이들로부터의 의료 기술 시행을 통해 질병을 치료받으려는 환자 개인의 선택 결정권(건강권)과 저렴한 의료 서비스를 선택할 경제적 자유(일반적 행동 자유권)에 대한 제약을 들 수 있다. 국가 면허에 기초한 제도권 의학에서 실패한 환자가 보완·대체의학의 도움으로 건강을 회복한 사례가 심심치 않게 회자되는 현실은, 환자의 의료수단 선택 문제를 단순히 국가의 행정적 판단에만 맡겨 둘 수

4) 실제 2007년 국회가 의료법 전부개정 법률안을 입법 예고하면서, 의료행위 규정을 행위 중심으로 바꾸는 동시에 다양한 의료 직역의 서비스를 합법적 의료행위의 틀로 포섭할 수 있는 가능성을 타진한 적이 있으나 “관련 단체의 반발로” 무산된 경험은 이러한 의심을 지지하는 증거가 된다. 이에 관하여는 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 제27~28면 참조.

5) 미국에서 정의된 바에 의하면 보완·대체의학이란 “현재 정통의료의 분야로 고려되지 않는 다양한 보건의료체계, 기술, 제조물 등의 집합체”라 한다. 석희태의 정의에 의하면 “보완대체의학은 보건위생관련 행위 중에서 제도적 주류의료(서양의학의료와 한방의료)와 일상생활성 의료행위를 제외한 일체의 것을 말한다.” 자세한 사항은 후술한다. 석희태, “보완대체의학의 법적 평가”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 제154면.

없도록 하는 이유가 된다. 만일 비교적 가벼운 질병의 치료가 아니라 생사를 결정할 수 있는 치료 방법의 선택 문제가 다가올 경우, 개인의 건강권 뿐 아니라 생명권을 논하여야 하는 상황이 벌어진다. 이 또한 의료행위의 정의 문제를 함부로 생각할 수 없는 중대한 이유가 되는 것이다.

2010년, 헌법재판소는 구 의료법 제25조 제1항에 대한 위헌 여부를 다루는 위헌법률심판 사건과 여러 헌법소원 사건을 병합하여 이들 문제를 다시 검토하였다.<sup>6)</sup> 의료행위의 정의 문제로 인하여 의료법 규정과 관련한 헌법재판은 이전에도 헌법재판소의 빈번한 심사 대상 중의 하나였다. 2010년 결정을 비롯하여 대부분은 현행법에 문제가 없다는 취지의 결론으로 마무리되었다. 이 글에서는 위 2010년 헌법재판소 결정(이하 ‘본 결정’이라 함)의 평석을 겸하여 앞서 제기한 기본권 사항을 중심으로 의료법상 의료행위 규정의 문제점을 비판하고자 한다. 세 가지 기본권 논점 중 죄형법정주의의 명확성원칙에 관하여는 선행연구에서 면밀히 분석된 바가 있으므로,<sup>7)</sup> 이를 보충한 후에 나머지 두 논점을 중심으로 글을 진행할 것이다.

---

6) 헌재 2010.7.29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275 (병합), 『판례집』, 제22권 제37~73면. 본 결정은 각각 의료인이 아닌 자가 1000여 명의 환자를 대상으로 침, 뜸, 시술 등 무면허 의료행위를 하였다는 이유로 기소된 사건, 의사가 아니면서 영리를 목적으로 혈자리에 자석을 부착하였다 떼어주는 방법으로 시술행위를 한 사건, 침구술을 비롯한 대체의학을 시술하고자 하는 자가 자신의 행위에 대하여 국가가 적절한 입법을 제공하지 않음으로써 직업선택의 자유를 침해하였다고 주장하는 사건, 한 의사가 아니면서 건부항 시술 등의 의료행위를 하였다는 이유로 단속된 사건, 한 의사가 아니면서 영리 목적으로 환자들을 상대로 침을 놓고 대가를 받아 기소된 사건, 대체의학에 관심을 가지고 침구학을 배워 시술하고자 하는 자들이 침구학을 포함하여 대체의학을 업으로 할 수 있도록 국가가 입법하지 않은 점이 국민의 보건권을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장한 사건 등이 병합된 것이다.

7) 그러나 본 결정에서는 위헌의견이 5인(조대현, 이동흡, 목영준, 송두환, 김종대 재판관), 합헌의견이 4인(이강국, 이공현, 김희욱, 민형기 재판관)인 상태에서 최종 합헌결정이 나왔기 때문에 이전 판례들에 비하여 미묘한 변화를 감지할 수 있다.

## II. 명확성의 원칙

### 1. 헌법재판소 결정 내용

헌법재판소는 심판대상법률의 의료행위 부분이 명확성의 원칙에 어긋나지 않는다고 결정하였다. “범죄의 구성요건과 형벌이 명확하게 규정되어야 한다.”는 죄형법정주의의 명확성 원칙이, “가치 판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미”하므로, 법문의 광범위성이 어느 정도 존재하여 “법관의 보충적 해석”이 필요하다라도 “적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상” 명확성의 원칙에 위배하는 것은 아니라는 기존의 입장을 원용하고 있다. 그러면서 의료행위에 관하여 적극적 정의가 없는 의료법 규정에 나름대로 “법관의 보충적 해석”을 감행하여 정의를 시도한다. 즉, 의료법의 입법 취지를 고려할 때, 법이 무면허 의료행위를 처벌하는 이유는 고도의 전문성을 전제하는 의사의 의료행위가 “사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생”에 밀접한 관련이 있으므로, 여기에서 발생하는 위험을 방지하기 위하여 의료인에게 독점권을 부여한 것이다. 따라서 의료행위에는 “반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다.”는 것이다.<sup>8)</sup>

결국 의료행위를 구체적으로 제시하지 않은 의료법 규정 체계와 헌법재판소의 보충적 해석 태도록 인하여 불법 의료행위에 관한 판단은 상당 부분 사법부의 관례에 의존할 수밖에 없는 구조를 취하게 되었다. 그간 수많은 신규 의료 기술 실행에 대하여 나름의 판단으로 합법/불법의 테두리를 설정하여 온 법원

8) 헌법재판소는 이러한 해석 태도가 이전부터 이어진 헌법재판소와 대법원의 해석 전통에 따른 것임을 밝히고 있다. 예를 들어, 헌재 2005.5.26. 2003헌바86; 헌재 2007.4.26. 2003헌바71; 대법원 2000.2.25. 선고 99도4542판결; 대법원 1999.6.25. 선고 98도4716 판결. 본 결정에서 반대의견은 명확성의 원칙에 관하여 별도의 의견을 피력하지 않았으므로 법정 의견의 취지와 동일한 것으로 볼 수 있다.

판례가 쌓여 왔던 것이 그 증거이다.<sup>9)</sup> 이들 판례는 모두 의료인이 행한 행위인가를 기준으로 판단한 것이다. 하지만 이는 불법 의료행위에 대한 해석에 있어 근본적 해결책이 될 수 없다. 의료기술이 갈수록 다양해지는 상황에서 그 기술의 효과가 “보건위생상 위해”를 가져올 수 있는 것인지를 시행하는 주체만을 기준으로 판단하기에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다. 실제 이들 판례에서도 의료인만이 행하여야 하는 의료행위인지, 의료인 면허 범위 외의 의료행위인지, 일반인도 사용할 수 있는 비의료행위인지 등의 구분에 명확한 일관성이 적용되었다고 자신할 수는 없을 것이다.

요컨대 의료와 법에 관한 전문 지식이 없는 일반인의 기준에서도 비교적 쉽게 판단할 수 있도록 의료행위의 의미에 관하여 법에서 명확히 범주 설정을 해주어야 한다. 법에서 의료행위를 일반적으로 기술할 수 있는 추상성 정도의 법언어로 행위적 측면을 구체화시켜야 한다는 이야기이다. 행위주체 기준만의 판단으로는 구체적 행위에 있어 법관의 자의성을 완전히 배제할 수 없다. 합법과 불법의 의료행위 문제는 종국적으로 ‘행위’에 관한 법적 가치판단으로 환원되기 때문이다.<sup>10)</sup>

## 2. 선행연구에서의 비판

헌법재판소의 태도에 대하여 김경제는 강도 높은 비판을 가하고 있다.<sup>11)</sup> 그는 기본적으로 헌법재판관들이 몹소 예증한 “법관의 일반적 해석”이 올바른 해

9) 이들 판례를 상세히 분석한 글로 이인영, “무면허 의료행위에 관한 일고찰”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호; 범경철, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』, 제5권 제1호; 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 『의료법학』, 제11권 제2호 등 참조.

10) 법 언어나는 것이 본질적으로 추상적이고, 의료기술은 급속도로 발전하고 있으므로, 의료법에 추상적 언어로 행위 유형을 기술하는 것이 효과의 측면에서 현행 법규정과 크게 다르지 않으리라는 회의론도 존재한다. 그러나 특히 형사법규가 죄형법정주의의 명확성을 확보하여 규정·시행되는 것과 그렇지 않은 것은 헌법 본질적으로 위헌법률과 합헌적 법률이라는 큰 차이를 드러내는 것이다. 위헌적 법률로 헌법상 신체의 자유를 쉽게 침해당하는 곳에서 의료기술에 아무리 효과적 규율이 이루어진들 그것을 민주 법치 입헌국가의 규율로 인정할 수는 없기 때문이다.

11) 이하 내용은 김경제, 앞의 글, 제287~300면.

석의 예로 볼 수 없다는 점을 지적한다. 원천적으로 구성요건의 측면에서 큰 허점을 안고 있는 의료법 규정에 헌법재판관들이 해석을 통해 보충한 내용 또한, 구체적 행위 태양에 대한 기술이 없이 구체적 행위를 이미 전제한 상태에서 “공중위생에 위해”를 줄 것인지에 대한 가치판단의 개념이라는 것이다. 행위 주체 위주의 법 규정 내용에 대해 행위 측면에 대한 보충을 한다고 하였으나 결국 행위 주체에 관한 추가적 내용에 그치고 행위를 특정하는 데는 실패하였다는 취지이다. 결국 법문에서 명시적으로 등장하지 않은 의료 ‘행위’ 개념은 끝까지 제 모습을 드러내지 않은 것이다.

이러한 견지에서 그는 헌법재판소가 제시한 명확성 원칙의 잣대로부터 생존한 법률 규정의 범위가 잘못되었다는 점을 지적한다. 헌법재판소의 의견과 같이 법 규정이 법관의 해석에 의해서 보충됨으로 인하여(명확성 원칙을 통과함으로써) 합헌성의 테두리 안으로 들어오려면, 형사법규의 문언에 관한 일반적 요건이 법관의 노력을 통해 모두 충족된 경우에 한하여야 한다는 것이다. 그러나 위에서 지적한 바와 같이 본 결정에서 헌법재판관들은 여전히 구체적 구성요건에 관한 요소를 공란으로 비워둠으로써 실제로는 합헌성의 범위 안에 들어올 수 없는 보충적 해석을 하였음에도 불구하고, 이를 오해하였다고 한다.

### 3. 사건(문언 해석에 의한 추가 비판)

위 선행연구의 비판에 동의한다. 명확성 원칙은 헌법의 원칙인 죄형법정주의의 핵심 덕목이다. 신체의 자유를 수호하여야 할 헌법의 사명은 오랜 헌법의 역사를 일일이 거론하지 않더라도 충분히 중요한 것이다. 국가 권력의 처벌 권한은 기본적으로 신중하여야 하며, 명확한 법적 근거를 획득할 때에만 정당화될 수 있다. 그것이 오랜 세월을 거치면서 근대 헌법의 기본 원리로 자리 잡은 법치주의 이념의 기초임은 두말할 나위 없다. 의료체계 전반에 관한 국가의 통제를 실질화하기 위하여 형벌권을 동원하기로 하였다면, 그에 관한 법적 근거의 명확성은 필수적인 요건이다. 그러나 위 분석에서 살펴본 바와 같이 헌법재



판소의 해석 또한 의료행위에 관한 법적 명확성을 보충해 주지 못하였다.

그러나 위의 분석 이외에도 법률 문언상이 법의 허점은 또 존재한다. 의료법에서 정하는 의료행위의 의미에 입각하여 엄밀하게 따져 보자면, 의료법 제27조의 “무면허 의료행위”라는 용어 자체는 애초에 성립 자체가 불가능한 말이라고 생각한다.<sup>12)</sup> 이는 의료행위에 대하여 가장 구체적으로 기술한 것으로 보이는 제12조 제1항 규정에 주목하였을 때 이끌어 낼 수 있는 결론이다. 동조는 “의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”이라는 구절 다음의 괄호 속에 “이하 의료행위라 한다.”는 지시 구절을 둠으로써 결과적으로 의료행위의 행위 측면을 조금이나마 드러내었다.<sup>13)</sup> 이 조항에 더하여 동법 제2조에 따라 의료인을 면허 받은 의사·치과의사·한의사·조산사라고 한다면, 무면허인 상태에서 혹은 면허받은 분야와 다른 분야에서 의료기술 시행은 벌써 의료행위라 부를 수 없게 되기 때문에, 현행법상 ‘무면허 의료기술 시행’이란 말은 성립하지만 ‘무면허 의료행위’라는 말 자체는 틀린 것이다. 따라서 제27조 규정을 엄격하게 문언적으로 해석한다면, “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없다.”는 규정은 아무런 법적 규범력을 지니지 못하는 당연한 진술이 되고 만다. 면허 없는 자가 행하는 의료기술의 시행은 이미 의료행위가 아니기 때문에, 무면허자는 어떠한 활동을 하든지 간에 의료행위를 한 것은 아니다. 그러면 의료행위를 원천적으로 할 수 없는 무면허자에게 의료행위를 하였다는 이유로 처벌을 부과할 수 없게 된다.

이 해석은 그동안의 무면허 의료행위에 의한 처벌의 실효성을 총체적으로

12) 선행연구에서는 이 의료법 규정 체계가 동어 반복적 “순환논리”에 빠져 있음을 적절히 지적한 것이 있다. 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』, 제27호, 제102~104면. 그러나 이 지적이 의료법 제12조 제1항 규정에 결정적으로 근거한 것은 아니라는 점에서 필자의 주장과 차이가 있다.

13) 물론 여기에서도 형사상 구성요건요소로 원용할 수 있는 정도의 행위 구체성을 드러내고 있는 것은 아니다. 더구나 본 조항은 의료행위를 목표로 규정된 것이 아니라 ‘의료기술 보호’에 목적을 둔 규정에서 입법자의 입법 편의를 위하여 지시된 구절이라는 점에서 원용의 한계를 가질 수 있다. 그러나 의료행위에 대한 오랜 논쟁이 지속되었던 상황에서 입법자가 굳이 의료행위라는 지시어를 선택한 데에는 어느 정도의 구체화에 관한 의도가 들어있으리라 생각한다.

무력화할 수 있는 위험성을 내포하고 있다는 점에서 적용에 상당한 신중을 요한다. 그러나 제27조의 의료행위라는 법문과 제12조 제1항의 의료행위라는 지시어가 객관적으로 다른 것이라는 명확한 근거가 제시되지 않는 이상 논리적인 면에서 충분히 추론 가능한 해석이라는 점은 밝혀두고 싶다.<sup>14)</sup>

이러한 해석으로 빠지지 않으려면 결국 제12조 제1항에서 “이하 의료행위라 한다.”는 괄호 부분이 지시하는 바가 앞의 “의료인이 행하는” 부분을 제외한 “의료·조산·간호 등 의료기술의 시행” 부분에 그친다고 해석하여야 할 것이다. 그렇다면 의료행위의 개념에서 주체의 측면을 제외하게 되어, 의료행위를 의료인의 행위로 해석하였던 그간의 해석을 뒤집는 결과가 나타나게 된다. 의료행위란 의료인이라는 특정 주체에 한정되지 않고 모든 이들이 행할 수 있는 ‘의료기술의 시행’을 의미할 뿐인 것이다. 이렇게 제27조를 다시 해석하면, 면허 없이 행하는 의료기술의 시행은 불법이라는 결론에 도달한다. 그런데 이 상황에서 ‘의료행위’에 대한 정의가 ‘의료기술의 시행’이라는 기술 외에는 아무런 단서가 없기 때문에, 여전히 이 조항은 합법과 불법을 판단하기에 터무니없이 부족한 구성요건요소 규정에 머무르게 된다. 결국 이 모든 모순은 의료행위의 구성요건 부분을 법에 구체적으로 명확하게 기술하지 못한 입법의 잘못에서 비롯되는 것이며, 이를 계속 뒷받침하였던 사법적 해석이 스스로 초래한 결과라고 할 수 있다.

그렇다면 우리 의료법의 행위 태양 없는 의료행위 규정은 왜 이렇게 입법되었으며, 명확성의 원칙에 반할 소지가 큰 이 규정에 대해 사법부는 왜 이토록 무리한 해석을 양산하고 있는 것일까? 입법부에서는 법률 개정을 통하여 이러한 문제점을 극복하려는 노력을 기울인 적이 있으나, 특정 의료 직역의 반대로 무산된 경험이 있다. 이는 입법이라는 실체가 가지는 정치적 속성과 민주주의 원리에 의거한 절차적 합의라는 측면에서 일견 이해할 수 있다. 그러나 법치주

14) 다만, 의료인 면허의 내용에 따라 후단 규정인 “의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”는 규정은 다른 논란이 있을 수 있을 것이다. 이 부분은 다른 연구 기회에 따로 논하기로 한다.

의 원리가 지배하는 사법의 장에서, 더구나 헌법해석의 장인 헌법재판소에서 조차 죄형법정주의라는 헌법 원리에 역행할 소지가 다분한 해석을 용인하는 데에는, 단지 법률 문언에 대한 헌법 해석적 차원을 벗어난 현실적 이유가 있을 것으로 보인다. 달리 말하면 의료행위에 대한 해석의 변동이 현행 국가 주도의 일원적 의료체계 규율 구조를 근본적으로 변혁하는 결과를 유도할 가능성이 있어, 매우 보수적 해석 태도를 취할 수밖에 없는 사정이 있으리라는 것이다. 이는 이어지는 직업선택의 자유 측면과 관련한 논의이기도 하므로 절을 바꾸어 논하기로 한다.

### III. 직업선택의 자유(의료인 국가 관리 체계)

#### 1. 헌법재판소 결정 내용

본 결정에서 헌법재판소는 생명·신체를 다루는 의료행위를 단순한 기술 이상의 것으로 전제하고, “인체 전반에 관한 이론적 뒷받침과 인간의 신체 및 생명에 대한 외경심을 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행해져야” 함을 지적한다. 즉, 무면허 의료행위자의 행위나 과학적으로 검증되지 않은 방법을 현실에서 구별하는 것은 불가능에 가까우므로 철저히 경계하여야 한다는 것이다. 이를 위해서는 현실적으로 “국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 대안이 없다.”는 점을 지적한다. 의료행위의 합법과 불법의 경계는 국가의 면허제도라는 의사결정의 방법밖에 사용할 수 없다는 법의 태도를 받아들인 것이다. 또한 이러한 방법 이외에 우수한 능력을 가진 면허 미소지자에 대한 의료행위 허용 여부는 전적으로 입법정책의 문제라고 하여 입법부의 자의적 판단에 맡기고 있다.

결국 헌법재판소의 판단은 면허라는 행정행위를 통하여 합법적 의료행위의 실행 주체를 국가가 확정하고, 여기에 속하지 못한 주체의 활동을 불법으로 간

주함으로써 처벌하는 현행 의료법 체계가 “국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무”를 실행할 수 있는 유일한 방법으로 인정한 것이다. 따라서 면허를 받지 못한 이들의 의료에 대한 직업선택의 자유가 제한되는 것은 논리 필연적으로 받아들일 수밖에 없다는 결론이 도출된다. 비례의 원칙에 합당한 제한이라는 것이다.

한편 반대의견에서는 의료면허제도가 가지는 의료인들에 대한 의료 영역 독점을 합리화하는 것이라는 전제 아래 의료 영역에서 의료인들과 비의료인들 사이의 길항관계를 고려하여 “의료행위의 전문성과 위험성”을 감안한 영역, 즉 “반드시 의료인이 하지 않으면 안 되는 행위”로 의료행위의 범위를 한정하여야 한다고 주장한다. 여기에는 이유를 불문하고 시장에서의 독점에 대한 부정적 전제가 깔려있는 것으로 보이며, 이를 극복하여 국가가 독점을 보장해 주기 위해서는 필요 최소한의 범위에서 신중하게 접근하라는 인식을 보유한 것으로 이해된다. 이러한 인식을 정당화하는 근거가 바로 비의료인에 대한 직업선택의 자유 제한 가능성이다.

그 방법론적 근거로서 직업선택의 자유 제한에 대한 과잉금지원칙 위반을 제시한다. 즉, 침해의 최소성, 법익의 균형성 측면에서 행위의 위험성에 대한 구체적 고려 없이 일률적으로 비의료인의 행위를 제한하게 되어 있는 현행 법 체계에 문제가 있다는 점을 지적한다. 여기에 위험성이 낮은 영역에서 면허 없이 활동할 수 있는 가능성을 열어준 외국의 여러 제도를 소개하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 의료인 면허제도(법제사적 접근)

의료인에게 국가가 면허 제도를 통해 의료행위를 인정하는 우리의 법체계는 국민의 생명권과 건강권, 국가의 보건정책실행의무라는 공익적 목적 이외에도, 의료인들에 대한 혜택을 부여하여 유지시킬 수밖에 없었던 제도사적 배

---

15) 구체적으로 독일의 “면허없이 직업적 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률”과 미국 일부 주에서의 침술사 면허제도, 일본의 안마사지지압사, 침술사, 구사, 유도정복사들에 대한 직업유사행위자 인정 등을 든다.

경이 자리 잡고 있다.<sup>16)</sup>

국가가 양의학의 독점적 주도권을 보장하고 확실한 사회적 우위 권한을 부여하는 정책을 시작하였던 것은 일제때부터라고 한다.<sup>17)</sup> 식민지 노동력 수탈의 대상이었던 한국인의 평균 수명이 너무 짧아 의료 혜택의 보급이 시급하다고 판단한 일제가 의료 시설과 인력, 교육 및 기반 시설에 이르기까지 행정을 통한 관리 체계를 확립하였다. 여기에는 의료 혜택을 공급받은 국민들에게 식민 정부의 “우위성”과 “당위성”을 주입하려는 의도 또한 작용하였다고 한다. 반대로 당시까지 의료의 대부분을 담당한 한의사들을 철저히 배제하는 전략을 취한다. 일제의 민족정신 말살 정책과도 연관이 있을 것이다. 즉, 의료 독점의 시작은 정부에 의해서 가능하게 된 것이다. 또한 이 과정에서 양의학에 대한 “과학성”이라는 신화가 부여되어 기타의 의료 영역을 소외시키는 근거로 삼았던 점도 지적할 만하다. 이후 한의학이 정부 보호의 테두리 안으로 편입된 계기는 한국전쟁으로 인한 의료 인력의 부족 때문이었다고 한다.

이후 국가에 의한 의료계 통제는 더욱 강고하게 되는데, 박정희 정권의 성장 드라이브로 인한 것이다. 불법의료행위에 대한 처벌을 심하게 강화함과 동시에, 의료에 대한 추가적인 투자 없이 기존 가용 의료자원을 최대한 효율적으로 분배하기 위한 정책을 추진하였다. 정부 목적을 위한 의료인 동원을 위하여 정부 명령 위반에 대한 무거운 행정벌을 과하기도 하였다고 한다.<sup>18)</sup>

이렇듯 우리 의료법 제도 하에서 국가에 의한 의료 독점권 인정 및 통제 매커니즘은 서양의 그것과 겉모습에서 약간의 유사성을 보이는 면도 있지만, 순탄치 못했던 역사적 경험으로 인하여 의료계 전체가 국가 권력에 의하여 좌우되는 기형적 모습을 드러내게 되었다. 본래 법조, 의료 등 소위 전문직역군에 독

16) 의학계에서 진단하는 의료 면허제도의 취지는 무면허자의 의료행위로 인한 위험을 방지하고 의료서비스의 질을 확보하고 유지한다는 데 있다고 한다. 김한나·김계현, “유사의료행위에 관한 법적 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 제431면.

17) 이하 내용은 조병희, “국가의 의료통제와 의료의 전문화: 한국의료체계의 갈등구조의 역사적 배경”, 『한국사회학』, 제24집, 제136~150면.

18) 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제: 1950~60년대 무면허의료업자와 의료업자의 실태를 중심으로”, 『의사학』, 제19권 제2호, 제406면.

점적 지위를 부여하는 것은 국가의 필요에 의해서가 아니라 그 서비스의 혜택을 받는 소비자의 필요에서 동인을 얻어 형성되었어야 한다. 또한 철저히 독점적 지위에 상응하는 전제조건을 충족한 후라야 법으로 보장이 가능한 것이다. 커먼로(Common Law) 국가인 영국과 미국의 경험에서 이러한 모습을 더욱 뚜렷하게 발견할 수 있다. 아래에서는 의료직역의 지위와 그 통제 구조가 본래 어떻게 형성·발전되었는지를 확인한다.

### 3. 프로페셔널리즘(professionalism) 지배 하의 의료 직역

국가의 법제도는 사회와 구성원의 고유한 역사적 경험에서 만들어지고 정착된다. 우리의 현재 의료법 규율 형태를 오랜 역사를 통해 우리에게 주어진 것으로 받아들일 수도 있으나, 현재 발생하는 각종 부작용과 법이 형성되어 온 역사 과정의 특이성 등을 감안하면 지금이라도 변화의 당위성을 공유하여 개혁하여야 할 동기는 충분하다고 생각한다.

본래 의료 분야는 그 깊은 전문성의 특성으로 말미암아 소위 전문직으로서의 위치를 차지하여 왔다. 서양에서 법률, 의료, 교육 등 고도의 전문성이 요구되는 분야의 종사자들이 사회적 힘을 얻음과 동시에 이들이 다른 분야와 달리 규율되어야 할 현실적 필요성이 결합하여 자연스럽게 전문직 특유의 규율 체계로 정착될 수 있었다. 즉, 고도의 전문성을 요하는 분야의 운영 체계를 일반적인 시장경제 매커니즘에 맡기지 않고, 특유의 자율 규제(self-regulation) 형태로 통제하는 방식을 프로페셔널리즘(professionalism, 전문직업인주의)이라고 한다. 사회학자 프라이드슨(Eliot Freidson)은 이에 대하여 “소비자 혹은 경영자가 아니라 직업 구성원이 노동을 통제하는 제도적 환경”을 뜻한다고 하였다.<sup>19)</sup> 자본주의 사회에서 경제생활을 1차적으로 사적 자치에 맡기는 대신, 독점 등 부작용에 대해서는 국가 권력이 간섭하여 규율하는 일반적 체계와는

---

19) Eliot Freidson (박호진 역), 『Professionalism: The Third Logic (프로페셔널리즘: 전문직에 대한 사회학적 분석과 전망)』, 아카넷, 2001, 제30~31면.

확연히 다는 형태인 것이다. 프로페셔널리즘은 이와 반대로 특정 전문 직역의 영역 독점을 국가가 보장하고 구성원이 스스로를 규율하게 하는 형태이다.<sup>20)</sup>

전문 직역에 대하여 프로페셔널리즘이 전제되는 이유는 전문직 종사자들이 특별한 보호 없이 시장에서의 무한한 경쟁에 내몰리게 되는 경우, 경쟁에서 승리하기 위하여 전문 지식과 능력을 도덕적 제약 없이 극대화시켜 발휘함으로써 각종 비윤리적 행태가 난무하게 될 가능성이 크기 때문이다. 전문성을 이용하여 소비자와 경쟁자를 범망 안에서 교묘히 속이고 이득을 취하려는 욕망의 노예가 될 가능성이 농후하기 때문이다. 의료나 법률 영역에서 의사와 변호사들이 환자나 의뢰인을 위해서 활동하지 않고 경쟁에서 승리하기 위해 돈을 좇아 행동할 경우 어떤 비극이 벌어질지는 명약관화하다. 자본주의 시장경쟁체제에서는 이득의 추구에 대하여 윤리적으로 쉽게 비난할 수 없다는 점에서 새로운 규율 대안이 필요하였던 것이다. 결국 이러한 규율 이념은 양심적 전문지식의 활용을 유도함으로써 돈의 논리보다 인간을 먼저 보호할 수 있는 환경을 조성하기 위한 사회적 필요에서 받아들여졌다.

프라이드슨은 다음의 요소를 프로페셔널리즘이 작동할 요건으로 제시하였다. ① 전문화된 노동. 전문성을 획득하기 위한 지식과 숙련. ② 노동의 분업을 통한 배타적 관할 영역 생성. ③ 신분 보호를 위하여 해당 직역에서 증명하는 자격증의 존재. ④ 수련 프로그램의 관리, 자격증 생산을 위한 전문직 교육제도와 단체의 존재. ⑤ 전문직 내부 이념으로서 윤리적 직업 수행, 공익 추구 등의 강조.<sup>21)</sup>

위 요건에 의할 때, 프로페셔널리즘의 작동을 위한 필수적 요소로서 전문성, 배타적 직역성, 교육제도, 전문직 단체, 윤리성 등을 열거할 수 있다. 즉, 국가와 사회가 해당 전문 직역에게 독점적 자율 규제에 혜택을 부여하는 대신, 이들은 전문직 단체가 주도하는 전문성 교육과 윤리적 직업 수행의 철저한 내부 규

20) 법조 직역에서의 프로페셔널리즘 작동에 대하여는 장철준, “변호사와 표현의 자유”, 『언론과 법』, 제11권 제2호 참조.

21) Freidson, 앞의 책, 제187~188면.

율을 작동하여야 한다는 것이다. 이렇게 보면 의료 직역의 프로페셔널리즘은 의료 직역에 대한 독점성 보장과 함께 해당 직역 내부의 단체에 의한 전문성 신장과 윤리적 자율규제가 확립되어 있어야 제대로 운영될 수 있다.

구체적으로 미국 의료 직역에서의 프로페셔널리즘은 계약법(law of contract) 원리에 의한 체계가 아니라 대리법(law of agency) 원리가 지배하는 체제로 되어 있다.<sup>22)</sup> 즉, 환자와 의사의 관계는 소비자와 용역 공급자가 아닌 본인과 대리인 관계로 전제한다는 것이다. 시장에서 공급자는 소비자로부터 이득을 극대화하기 위하여 노력한다. 그러나 대리인은 본인의 이익을 극대화하기 위해 노력하여야 한다. 의료인은 환자의 이익을 극대화하기 위하여 의료 활동에 최선을 다하고 윤리적 방법으로 실행하며, 대리 활동에서 획득하는 정보를 성실히 제공할 의무를 부담한다. 자신의 이득을 취하기 위하여 정보를 숨기는 시장 행위자와는 근본적인 차이를 보이는 개념이다. 만일 이러한 와중에 윤리적 규율을 어기게 되면, 의료인 단체가 스스로 구성원을 엄격히 징계한다. 국가는 직역 내부의 자율 규제가 제대로 이루어지는지에 대한 감독만 하면 된다.<sup>23)</sup> 의료 단체는 소비자에 대한 신뢰로부터 연유하는 스스로의 존립 기반을 유지하기 위하여 엄격하게 자율 규제를 행하게 된다.

#### 4. 의료 직역에 대한 이상적 규율 모형

의료 프로페셔널리즘의 전제에서 볼 때, 우리 의료법의 규율 체계는 상당한 문제점을 노출하고 있다. 우선 의료인 독점 체계가 인정되었던 이유가 철저히 국가 목적에의 동원을 위하였다는 데 시원적 문제가 있다. 따라서 의료인은 정부 정책의 눈치를 보게 되고 독점 체계는 고착화 되어 강력하게 자신 영역을 지

22) 아래의 논의는 Andrew Fichter, The Law of Doctoring: A Study of the Condification of Medical Professionalism, 19 Health Matrix 317, 320~325.

23) 거시적으로 대한 국가의 통제 형태는 소련식, 영국식, 미국식의 세 종류가 있다고 한다. 의료에 관한 시설과 인력을 모두 소유하는 형태의 소련식, 의료전문직에 자율적 통제권을 부여하는 미국식, 국가와 의료직이 통제권을 분담하는 영국식이 그것이다. 조병희, 앞의 글, 제133면.



키려는 성향을 띠게 된다.<sup>24)</sup> 직역을 대표하는 단체는 자율 규제를 수행하는 권위체로서의 역할을 하기보다 자신의 영역에 대한 침범을 물리쳐야 하는 투쟁에 앞장서고 좀 더 유리한 직업 환경을 관철시키기 위해 정부에 대해 노력하는 역할을 할 수밖에 없다.

이러한 상황에서 국가 면허를 중심으로 규정된 의료행위 규율 체계는 점점 발전하는 보완·대체의료 등 의료영역의 확대에 적절히 대응할 수 없고, 면허 영역 이외의 의료행위에 대하여 철저히 배격하는 구조가 되어 버렸다. 이러한 체계 내에서 면허 의료인 외의 행위자들에 대한 직업의 자유와 면허 분야를 초월하여 통합적 방법으로 의료행위를 행하고자 하는 의료인의 직업의 자유는 원천적으로 봉쇄될 수밖에 없다. 점점 발전하는 의료 기술 환경에 법 제도가 대응하지 못한다면 결국 그 영향은 비면허 의료 행위자, 영역 통합적 의료인은 물론 소비자인 국민이 받게 된다는 점에서 심각하게 고민하여야 할 사항이라고 생각한다.

그렇다면 이 시점에서 우리 의료의 규율 체계에 대한 전환에 대한 밑그림을 그려보는 것이 중요할 것이다. 현행대로 국가의 직접적 통제 체제를 고수한다면, 국가의 결정을 통해 그 동안 면허가 부여되지 않았던 분야의 면허를 신설·확대하는 조치가 필요할 것이다. 이를 위하여 유사한 형태의 비면허자들이 전문성 향상과 윤리적 활동을 위한 단체를 조직하여야 함은 물론이다. 더 어려운 일이겠지만 만일 서양식의 프로페셔널리즘 체계를 도입하더라도 같은 결과를 도출해 낼 수 있다. 활동을 위한 면허 자체가 국가에 의한 것이 아닌 단체로부터 발행되는 것이기 때문에 요건에 적합한 구성원과 직업 단체 활동 체계를 갖춘다면 해당 영역의 활동 권리는 자연스럽게 보장될 것이기 때문이다. 여기에도 영역 간 갈등 조정을 위한 최소한의 국가 역할이 필요함은 물론이다.

---

24) 지난날의 의약분업에서부터 양의와 한의 간의 갈등 표출 등에서 이를 확인할 수 있다.

## 5. 입법부작위의 문제

의료직역에 대한 이해가 위와 같이 확립된다면, 본 결정에서 헌법재판소가 부적법하다는 이유로 각하한 비면허 의료기술 실행자들을 위한 활동 근거 입법에 대하여도 달리 생각해 볼 여지가 생긴다. 헌법재판소가 전제한 바와 같이 진정입법부작위의 경우 “헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않는 경우에 한하여 허용”되는데, 비면허 의료기술 실행자들의 직업선택의 자유를 위하여 헌법 제15조의 직업선택의 자유 규정이나 제36조 제3항의 보건권 규정이 헌법상의 위임 규정으로 작용할 수 있다는 것이다. 위 헌법 규정의 문언에서, 영역이 구분된 면허 의료인들에게만 의료행위를 할 수 있도록 위임한 것이라 볼 정도로 위임의 구체성이 드러나 있는 것도 아니다. 유독 비면허자들과 영역 통합적 의료행위를 하고자 하는 의료인들에게만 헌법상의 구체적 위임이 없다고 보는 것은 부당한 해석이다. 오히려 이들의 직업 선택의 자유에 대한 본질적 내용이 침해된 것으로 보아야 한다. 현재의 의료 활동의 현실을 감안할 때, 헌법재판소의 견해와는 반대로 이들의 합법적 활동을 위한 법적 뒷받침의 필요라는 “사정 변경”이 생겼다고도 볼 수 있기 때문이다.

## IV. 환자의 의료 선택권과 건강권 및 생명권

### 1. 의료행위 선택권

본 결정에서 의료행위 선택의 기본권에 가장 강력한 헌법적 의미를 부여하는 의견은 김종대 재판관의 반대의견이다. 그는 의료행위를 본질적으로 “질병을 낮게 하려는 선(善) 지향 행위”로 보는 철학 위에서, 선의 실현을 위해 면허에 의한 구분은 의미를 갖지 못한다는 관점을 가지고 있다. 현실적으로도 제도

권 의료과학이 수많은 인류의 병을 완치하지 못하고 있는 상황과 비제도권에 서의 반대의 성과 등을 무시할 수 없다고 한다. 또한 제도적 측면에서 결정적으로 면허를 통해 의료를 통제하는 국가가 제도권 의료의 치료 실패에 대하여 책임지지 않고 있다는 점을 근거로 든다. 따라서 “자신의 몸에 생긴 질병을 치료할 것인지 말 것인지, 또 치료한다고 하면 어떤 방법으로 할 것인지는 궁극적으로 국민 본인이 선택할 문제이므로 이에 대한 결정권은 국민 본인에게 주어져야 한다.”고 주장한다. 또한 경제적 이유로 인하여 아직도 제도권 의료체계보다 비제도권에서 의료 혜택을 보는 국민들이 존재하는 상황에서 이들의 선택권을 무시할 수 없다는 점도 심각한 고려의 대상이 되어야 한다.

프라이버시권의 기본권적 규범력이 우리보다 강력한 미국에서는 환자의 진료선택권이 이에 의거하여 강하게 보장되고 있다. 연방하급심 판례에서는 프라이버시의 권리를 “개인의 자유 선택과 자율적 결정이라는 신성함의 표현”에 대한 권리로 이해하며 삶의 근본적 가치로 이해하여 이를 폭넓게 인정한 바 있다.<sup>25)</sup>

그동안 우리는 앞선 여러 헌법적 문제를 지니고 있는 국가 주도의 불법 의료 행위 형사법제를 관철하는 과정에서 환자의 의료 선택권을 도외시한 측면이 분명히 있다. 환자의 선택권 또한 건강권 및 생명권과 연계되어 있으므로 중요하게 다루어져야 한다. 하지만 우리 헌법의 기본권 체계에서 그 근거로 꼽힐 수 있는 프라이버시권, 일반적 행동 자유권이 다른 구체적 기본권에 비하여 국가 권력의 행사에 대항한 규범력이 약하다는 점에서 문제가 발생한다. 아직까지 우리 헌법 해석 담당자들은 개인의 자율성(autonomy)보다는 국가의 가부장적 온정주의(paternalism)를 지지하는 경향이 강하다. 따라서 프라이버시에 대한 고양된 기본권적 규범력이 확보되기 전까지는 아직 이 논리가 관철되기 쉽지 않을 것이다. 그러나 우리 사회도 점점 자유주의와 개인주의적 가치에 대한 관심이 늘어 가고 있으며, 보통 의료행위의 문제에는 환자의 건강권과 생명

25) *Andrews v. Ballard*, 498 F.Supp. 1038, 1039 (S.D. Tex. 1980).

권이 결합되어 있으므로 얼마든지 프라이버시나 행동 자유권을 근거로 강한 논증이 가능할 것이다.

또한 그간 우리 의료법 체계에서 국가의 적극적 역할을 기대하였던 이유에는 개인이 의료사고 등에 관한 불법행위소송을 이끌어 가는데 매우 힘든 구조로 되어 있는 소송체계의 문제점도 지적할 수 있다. 형사법과 민사법의 중간 형태를 띠고 있는 미국의 불법행위법(Torts) 체계와 같이 개인의 의료소송 진행을 좀 더 수월하게 할 수 있는 여건이 마련된다면 국가의 형사권력에 대한 의존을 줄이는 데 기여할 수 있으리라 본다.

현재 우리는 국가가 모든 의료행위 관련 규제에 일일이 간섭하려 하니, 규제의 정당성이 문제되고, 이 정당성을 확보하기 위하여 모호한 규정을 사용할 수밖에 없으며, 바로 여기에서 헌법적 문제가 심각하게 발생하고 있다. 오히려 의료행위에 관한 불법행위 손해배상 소송이 지금보다 어렵지 않게 된다면 국가의 무리한 형사권력의 행사보다 더 두려운 배상금액으로 말미암아 불법 의료행위에 대한 규제가 더욱 효과적으로 이루어 질 수 있을 것이다.

마지막으로 의료 소비자의 선택권 강화에 대한 근거로 소위 보완·대체의학에 대한 인식의 변화 또한 주장할 수 있다. 보완·대체의학 분야에서 왕성한 활동과 집필을 하고 있는 코헨(Michael Cohen)에 의하면 이미 미국 의학계는 보완·대체의학의 현실적 필요성을 절감하고 이를 받아들일 수밖에 없는 방향으로 패러다임이 전환되었다고 전제한다.<sup>26)</sup> 즉, 우리 식의 한방 개념까지 포괄한 통합 의학(holistic medicine)으로의 새로운 패러다임이 열렸다는 것이다. 의료행위는 이제 단순히 의료적 치료 차원에 그치는 것이 아니라 “통합 의학적 돌봄(holistic care-giving)”의 개념으로 전환되어야 한다고 주장한다.

한의학이 이미 의료행위에 포함하고 있는 우리 의료법 체계에서 오히려 이러한 전환된 패러다임을 받아들이기는 더 용이할 것이다. 이미 한의학은 이러한 통합적 요소를 의료의 철학으로 삼고 있는 것으로 알고 있다. 그렇다면 직업

26) Michael Cohen, A Fixed Star in Health Care Reform: The Emerging Paradigm of Holistic Healing, 27 Ariz.St.L.J. 79, pp. 85~97.

선택의 자유 차원을 넘어서 환자의 선택권 차원에서 보완·대체의학에 대한 적극적 자세를 가질 수 있으리라고 본다.

## 2. 환자의 건강권 및 생명권

환자의 건강권, 특히 생명권의 문제가 연계되는 경우에는 좀 더 강력한 치료 방법 선택의 권리를 주장할 수 있을 것이다. 법익의 형량에 있어서도 생명 단축이 임박한 환자의 경우 제도권 의학에서 희망을 발견하지 못한 경우 의료행위에 대한 선택권이 적극적으로 넓어져야 한다. 이들에게 보완·대체의학의 접근을 불법이라는 이유로 차단하는 것, 의료인이 면허 영역을 넘어서는 의료행위를 한다는 이유로 불법의 명예를 씌우는 것은 생명권 존중의 의무를 저버리는 행위와 같다고 본다. 따라서 보완·대체의학에 대한 급격한 규율의 변동이나 의료 면허 영역의 경계선 초월을 받아들이는 것이 쉽지 않다면, 과도기적 단계로서 생명권을 주장하는 환자에 대한 허용의 가능성을 열어주는 선에서 먼저 시행해 보는 것도 하나의 방법이 될 것이다.

## V. 결론을 대신하여: 의료행위 규정의 제안

현행 행위자 중심의 의료행위 규정 체계는 지금까지 제기한 여러 헌법적 문제점을 야기한다. 따라서 구체적 행위 중심의 규율 체계로 시급히 바꾸어야 한다. 이를 위해서는 국가 면허 중심의 의료체계 전반에 대한 근본적 손질이 필요하다. 손질이 당장 어렵다면, 국가 중심 구도 하에서 국민의 직업선택의 자유와 의료행위 선택권을 보장하는 규범 체계로 국가가 확대를 주도하여야 할 것이다.

행위 구성요소를 담고 있는 미국 각 주의 의료규범 체계를 소개하면서 글을 마치고자 한다.<sup>27)</sup> 앞으로의 입법 방향을 제시하는 모범의 역할을 할 수 있으

27) 이인영, 앞의 글(주 4), 제29~31면; Cohen, supra note 26, p. 98.

리라 본다. 먼저, 의료행위 규정에는 진단(diagnosis), 처치(treatment), 예방(prevention), 치료(cure), 상담(advice), 처방(prescription) 등을 기술하여야 한다. 둘째, 공적 영역에서 의료인이 자신의 정체성을 드러내어야 한다. 셋째, 의료행위에 대한 반대급부를 받을 의도에 기초한 행위이어야 한다. 넷째, 의료시설의 유지가 포함된다. 다섯째, 의료인의 자격에 대한 공개가 필요하다. 여섯째, 수술을 행하는 것이 포함된다, 일곱째, 약의 사용, 관리, 처방 행위가 포함된다. 여덟째, 그 외의 요소가 포함된다. 더 나아가 이들 의료행위의 정의 요소에 통합적 의료 철학의 관점에서 보완·대체의학의 개념 요소까지 포괄할 수 있는 가능성을 더욱 고민하여 발전시켜야 할 것이다.

주제어: 의료행위, 의료법, 명확성의 원칙, 직업선택의 자유, 의료행위 선택권

[ 참고 문헌 ]

- 김경제, “의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙: 헌법재판소 2008헌가19 등(병합) 결정을 중심으로”, 『공법학 연구』, 제13권 제1호, 2012.
- 김한나·김계현, “유사의료행위에 관한 법적 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009.
- 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 『의료법학』, 제11권 제2호, 2004.
- 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 『의료법학』, 제11권 제2호, 2010.
- 범경철, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』 제5권 제1호.
- 석희태, “보완대체의료의 법적 평가”, 『의료법학』, 제6권 제1호, 2005.
- 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』, 제27호, 2008.
- 이인영, “무면허 의료행위에 관한 일고찰”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999.
- \_\_\_\_\_, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 2007.
- 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제: 1950~60년대 무면허의료업자와 의료업자의 실태를 중심으로”, 『의사학』, 제19권 제2호, 2010.
- 장철준, “변호사와 표현의 자유”, 『언론과 법』, 제11권 제2호, 2012.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014.
- 조병희, “국가의 의료통제와 의료의 전문화: 한국의료체계의 갈등구조의 역사적 배경”, 『한국사회학』, 제24집, 1991.
- Cohen, Michael. A Fixed Star in Health Care Reform: The Emerging Paradigm of Holistic Healing, 27 Ariz.St.L.J. 79, 1995.
- Fichter, Andrew. The Law of Doctoring: A Study of the Condification of Medical Professionalism, 19 Health Matrix 317, 2009.
- Freidson, Eliot. (박호진 역), Professionalism: The Third Logic (프로페셔널리즘: 전문직에 대한 사회학적 분석과 전망), 아카넷, 2001.

## Medical Practice and the Fundamental Rights: Approaching by Constitutional Interpretation

Chang, Cheoljoon

*Dankook University, College of Law*

### =ABSTRACT=

Promulgation of the medical practice rule without specific definition in Medical Law has brought about many constitutional issues. The major issue is that the law has the government punish unlicensed medical practice without defining what it is. Instead, the law chooses a license-centered structure of criminal punishment for medical malpractice, saying “no one can practice medicine without the government-approved license.”

This regulation violates the rule of “void for vagueness” based on the principle of “nulla poena nullum crimen sine lege.” Judicial interpretation should be required for a citizen to understand the Medical Law provision intuitively. In addition, the law infringes upon the freedom of occupation of the unlicensed and the licensed who wish to extend his or her practice area for “holistic medicine.” The central issue of the law is that it was established under no ground of professionalism even though medical practice has been understood professional. The government has centrally controlled the medical field for its needs.

Lastly, the current law violates the right of medical selection of the consumers of medicine. Because patients have the right of health and life, they have to hold the latitude of selection for medical treatments. Especially, they should have an opportunity for considering the Complementary and Alternative Medicine if they want. But under the current rules, this medicine is not permitted. To correct those problems, a new provision for the definition of medical practice should be adopted at once.

Keyword: Medical Practice, Medical Law, Void for Vagueness, Freedom of Occupation, Right of Medical Selection