

의료법학 20주년 회고와 전망(의료형법 분야)

하 태 훈*

I. 들어가며
II. 의료사고와 의료분쟁의 현실
III. 회고 1: 의료법학 등장과 대한의료법학회 학술활동
1. 전문법으로서 의료법학의 등장과 대한의료법학회 학술활동
2. 『의료법학』에 나타난 연구실적
3. 의료형법의 연구주제
IV. 회고 2: 의료형법의 확장과 과잉 형사범죄화·형사처벌화
1. 형법학과 생명의료윤리, 의학의 충돌
2. 의료형법의 확장
3. 과잉 형사처벌 규정화 경향
4. 여전히 선호되는 형사소송
V. 전망: 의료형법의 법치국가적 한계설정과 대안 모색
1. 법치국가의 지주(支柱) 지키기: 형법의 최후수단성, 죄형법정주의와 책임원칙
2. 대안 모색의 전제: 의료인에 대한 신뢰
3. 대안과 학회의 임무·역할
VI. 나가며

I. 들어가며

대한의료법학회는 의료법 관련 학회의 향도(嚮導)로서, 학술활동과 그 축적된 업적, 그리고 학회 회원 구성의 다양성 및 전문성, 학계에 미치는 영향력 면에서 전문 학술단체의 역할을 충실히 수행해 왔다. 대한의료법학회의 활동과

* 논문접수: 2019. 12. 11. * 심사개시: 2019. 12. 13. * 게재확정: 2019. 12. 20.
* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

학술지 『의료법학』은 의료법학 관련 학술정보 및 의견교류의 플랫폼으로 기능하고 있다. 창립 20주년을 맞이한 대한의료법학회의 지난 20년의 다양한 학회 활동과 회원 개개인의 연구업적 등 학문적 발자취를 더듬어 그 발전을 회고하고 공과(功過)를 평가하여 미래의 과제를 전망하는 작업은 매우 의미 있는 일이다. 사람으로 치면 20년은 이제 성년이 되는 때다. 유아기와 소년기를 건강하게 보내고 앞으로 장년으로 성장할 수 있는 바탕을 마련한 시기라고 볼 수 있다.

길지 않은 기간에 대한 회고지만 수많은 회원의 집합체인 학회의 학술활동과 그 성과를 축적해 공유해 온 학회지의 내용, 학회와 회원의 직간접적 법제·개정 작업 참여와 연구 활동이 판례에 미친 영향 등을 정리하는 것은 어느 한 연구자의 역량으로는 불가능한 일이다. 특히 의료법학 전체에 대한 종합적 개관조차 없는 상태에서 의료법학의 극히 일부를 차지하는 의료형법(및 형사소송법)만 분절적으로 회고하고 평가하는 것은 제한된 시각을 드러내는 작업일 수밖에 없기 때문이다. 무엇보다도 학회활동에 직접 참여하지 않은 제3자이기에 한편으로는 객관적 평가라는 장점도 있지만 활자화되지 않은 많은 부분을 들여다보지 못한 상황이라는 점도 회고작업의 한계라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 감히 대한의료법학회 창립 20주년에 의료법학의 발전을 추동해온 대한의료법학회가 의료법학 연구와 법조실무, 입법 등에 미친 영향과 그 의미를 의료형법에 국한하여 평가해 보고자 한다.

II. 의료사고와 의료분쟁의 현실

의료계와 의료법학계가 직면한 현실을 보자. 의학과 의료기술은 선진국 수준이지만 의료사고는 끊임없이 발생하고, 의료서비스에 대한 높은 기대 수준을 충족시키지 못하는 의료인과 의료시설에 대한 불만이 커지고 있다. 여전히 설명의무 위반이나 의료행위(진찰, 검사, 투약, 주사, 마취, 수술, 수혈, 분만, 회복, 요양방법지도 등) 상의 과실 등이 발생하고 있다. 형법상 업무상과실치

사상죄를 구성하는 의료사고뿐만 아니라 무면허의료행위 등 의료법상 의료인의 의무를 위반하여 형사처벌되는 사건과 생명의료 등 의료관계법령 위반으로 형사처벌되는 사건¹⁾이 증가하는 추세다.²⁾ 사법연감에 의하면 2013년부터 2017년까지 5년간 총 20,320건의 의료소송이 제기되었다. 그 중 민사소송은 13,011건, 업무상과실치사상과 의료법 위반 등 형사소송은 7,309건이다. 2017년 한 해 민·형사소송은 4,233건인데, 여기에 분쟁조정·합의(한국의료분쟁조정중재원 상담건수 2018년 65,176건 조정접수 2,335건, 소비자원 상담 건수 30,740건 조정 570여 건, 의협 의료배상 공제조합 처리건 연평균 1,700여 건) 등을 포함하면 의료관련 분쟁과 소송건수는 연간 7만 건이 넘을 것이라는 추산이다.³⁾ 민사소송은 2013년부터 5년간 연평균 2,500건 정도로 증감이 없는 상태인데, 형사소송은 2015년 795건에서 2016년 1,074건, 2017년 1,008건으로 증가하고 있다.

갈등과 분쟁이 증가하는 원인에 대해서는 여러 가지 분석⁴⁾이 있지만 의료를 바라보는 관점이 서로 대립하고 있고 의사와 환자의 관계가 변화되었다는 점이 주요한 원인으로 보인다. 이러한 변화의 배경에는 민주화에 힘입은 시민사회 영역의 확장과 다양한 시민단체·의료시민단체의 출범이 자리하고 있기도 하다.⁵⁾ 이로써 의료의 상업성을 추구하면서 자율성을 보장받아야 한다는 의료계의 입장과 의료의 공공성과 환자의 권리보장이 우선해야 한다는 환자 내지 시민의 요구가 대립양상으로 발전된 것이다. 형법 이론적으로 의사의 치

1) 이상돈·김나경, 의료법강의(제3판), 2017, 147면.
 2) 이동필, “최근 의료분쟁 현황, 전망과 유의할 점”, 대한내과학회지(제94권 3호), 2019, 231면; 의협신문, 의사 불신 시대 5년간 의료소송 2만 건, 2019.5.27.(<https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.htm?idxno=129333>).
 3) 의협신문, 2019.5.27.(<https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.htm?idxno=129333>).
 4) Ulsenheimer, *Arztstafrecht in der Praxis*, 2. Aufl., 6면 이하; 이상돈, *의료형법*, 1998, 3면 이하; 황만성, “의료인과 환자 간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안”, *경제인문사회연구회 협동연구총서 05-18-03*, 한국형사정책연구원, 2005, 23면 이하.
 5) 보건의료 시민운동의 시작과 성장과정에 관해서는 김미·민현정, “보건의료 시민단체의 역할 및 역할수행방식에 관한 연구”, *한국정책과학학회보(제9권 1호)*, 2005, 49면 이하 참조.

료행위가 업무로 인한 행위로 정당화된다고 보던 학계⁶⁾와 판례⁷⁾의 주류적 입장이 설 자리를 잃고 피해자의 승낙으로서 위법성이 조각된다고 보는 입장⁸⁾으로 변화한 것은 의사와 환자의 관계변화를 잘 나타내 준다. 환자는 더 이상 의사의 업무의 객체가 아니고 환자의 정보권과 자기결정권을 존중해야 하는 관계로 정립된 것이다. 또한 의료과오로 인하여 생명침해나 중상해와 같은 중한 결과가 발생한 경우에 피해자(그 유족)는 결과(결과불법의 중대성)를 중시하는 반면 의료인은 치료목적의 의료행위와 그 과정에서의 의료과오의 경미성(행위불법의 경미성)에 주목하는 상반된 이해가 충돌하면서 민·형사소송으로 발전하게 된다.

통계에서 보듯 의료인들이 소송 및 분쟁에 노출되어 있다. 의학의 발전, 의료인의 높은 수준과 전문성, 의료기술과 장비의 완결성 등으로 의료영역에서 진단·치료 과정에서의 위험성은 줄어들고 의료의 완벽성에 대한 환자의 기대와 요구가 높아진 반면 의료인에 대한 법적 책임과 소송에 휘말릴 위험성은 커져가고 있는 모순적 상황⁹⁾에 놓여 있다. 의료인이 안고 있는 위험이란 의료과실에 대한 고소·고발이 제기되고 수사가 시작되면 당해 의료인은 정신적·육체적 고통을 받게 되고 직업수행을 위태롭게 하는 상황이 닥치게 된다. 언론에 보도되는 것 자체가 유죄로 추정되고 직업적 명예가 침해되게 된다. 의료현장이 압수·수색의 대상이 되고 언론에 부정적 기사가 등장하면 여론은 악화된다. 의료인은 실직의 위험이나 경영손실 등을 걱정해야 하는 상황에 직면하게 된다. 그래서 실제 형사사건의 비중이 상대적으로 작고 실제 형사처벌되

6) 남홍우(8인 공저), 『신고 형법총론』, 한국사법행정학회 1978, 154면; 배종대, 형법각론(제8 전정판), 2013, 88면; 유기천, 개정 형법학(총론강의), 1984, 193면; 임상규, “의료행위의 정당화와 면책가능성”, 법학논고(제64집), 2019, 134면; 정영석, 형법총론(제5 전정판), 1984, 145면; 황산덕, 형법총론(제7 전정판), 1983, 152면.

7) 대법원 1978.11.14. 선고 78도2388 판결.

8) 박상기, 형법각론(제8판), 2011, 44면; 오영근, 형법각론(제2판), 2009, 59면; 임웅, 형법각론(제4판), 2012, 58면; 정성근·박광민, 형법각론, 2013, 73면.

9) Ulsenheimer, Fehlentwicklungen in der Medizin: Verrechtlichung und Ökonomisierung, MedR(2015) 33, 758.

는 사례도 많지 않음에도 형사처벌화에 반대하는 목소리가 높아지고 있는 상황이다.

III. 회고 1: 의료법학 등장과 대한의료법학회 학술활동

1. 전문법으로서 의료법학의 등장과 대한의료법학회 학술활동

이러한 갈등과 분쟁이 잦아지고 증가하는 상황, 의료에 대한 법제화와 법적 강제가 의료인의 직업수행에 압박으로 다가오는 상황 속에서 의료법학은 시작되었고 의학과 법학의 조우와 융합을 통해서 서로 상생하는 방안을 찾고자 노력했던 것이다. 의료형법은 생명 및 신체보호의 영역에서 발생하는 전통적인 범죄에서 더 나아가 생명의료기술의 발전에 따른 생명윤리위반 행위와 의료영역에서의 부패 및 경제범죄(리베이트, 사기 등) 등으로 넓어지고 있다. 물론 의료법의 개념과 범위에 관하여 논란이 있지만, 우리가 통상 사용하고 있는 의료법에서 ‘의료’의 범위는 상당히 확장되고 다양화되었다는 점에서는 이견이 없을 것이다. 의료법학은 의료, 보건, 생명윤리, 생명과학기술 등에서 제기되는 법적 문제를 다루는 포괄적 법영역으로 발전하였다. 법적인 측면에서 보면 민법, 행정법, 형법, 사회법, 민·형사소송법 등 전통적인 법영역이 독립적이거나 중첩적으로 관련된 영역으로서 독자적인 법 영역은 아니지만 이제는 법학 내에서의 여러 분야뿐만 아니라(intradisciplinary) 의학, 생명윤리, 생명과학 등과의 융합법학(interdisciplinary)으로서 자리하게 되었다.¹⁰⁾ 행위주체(의사와 의료인력, 의료관련 연구자, 의료생명공학자 등)와 행위(의료행위와 연구행위, 나아가 사기, 배임수재, 의약품법 위반 등)가 확대되어 법학, 의학, 윤리학, 사회학, 경제학 등 협업이 필요한 영역이 되었다. 이는 우리나라만의 현상

10) 보건의료법학의 통합과학성에 관해서 박지용, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 일고”, 이화여자대학교 법학논집(제18권 3호), 2014. 3, 405면 이하.

이 아니라 글로벌 경향으로 볼 수 있다.

의료방법(진단, 치료 등)의 다양화와 의료기술발전은 의료인을 위협하는 위험원이 되고 있고, 거꾸로 의료인의 실수를 찾아낼 수 있는 장치가 되기도 한다. 전문화로 인한 의료영역의 세분화, 복잡성, 분업화에 내재된 위험원도 의료인을 위협한다. 소통, 조직, 협진과정 등에서 발생할 수 있는 과오의 원인을 찾아내고 밝혀내며 위험원이 가져올 민·형사적 책임을 예방하기 위한 방안 모색 등 다양한 학제 간의 협동연구가 필요했던 것이다. 연구대상이 복잡하면 할수록 학제 간 연구, 문제 지향적 연구, 실무 지향적 및 실용적 연구의 필요성은 커진다. 문제점을 인식하고 문제를 제기하여 해결책을 제시하는 과정에 다른 학문을 통한 상호 이해와 보완이 요구된다. 의료형법은 생명윤리·의료윤리, 의학, 형법학이 만나는 지점에 자리한다. 서로 겹치기도 하지만 서로의 이해가 충돌되기도 하는 영역이다. 윤리의 영역으로 남겨두어야 할 문제, 법적 규율이 가능하지 않은 영역, 법적으로 과잉 규제된 문제 등에 대한 이해와 해결방안이 다르기 때문에 학제 간 연구의 필요성과 유용성에도 불구하고 한계와 위험이 존재한다. 이를 극복하는 것이 의료법학의 과제이기도 하다.

경제수준 향상과 1989년 전 국민 의료보험 실시(2000년 국민건강보험)로 의료 이용이 많아지고 의료서비스가 다양화되자 자연히 의료사고도 늘어나고 환자와 의료인 사이에 의료사고로 인한 분쟁이 증가하게 되었다. 법원에서는 1989년 9월부터 의료사고 손해배상청구사건은 손해 배상(외)로 접수받아 처리하기 시작했는데, 서울양지방법원에서는 1991년 9월부터 제15민사부가 의료과실소송사건 전담부로, 1996년 3월부터 서울고등법원도 2개 민사부를 전담재판부로 운영하였다.¹¹⁾ 80년대 말·90년대 초 학계와 실무의 관심이 생기게 되었고 자연스럽게 1990년대 의료법학이 전문법 분과로서 등장하게 되었다. 의료소송 전문변호사도 등장했다.

대한의료법학회가 창립된 1999년과 학술지 『의료법학』이 창간된 2000년

11) 황만성, 의료인과 환자 간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안, 117면.

으로 돌아가 보자. 그 즈음은 의료법학이 법학의 한 전문분과로 발전할 초석이 다져진 시기다. 90년대 초반 법원에 전담재판부가 설치·운영될 정도로 의료소송이 증가하자 의사, 변호사, 법학교수 등이 모여 의학과 법학을 공부하는 포럼이 생겨났고, 이를 토대로 학회가 창립되기 시작했다. 의료법 및 의료형법 단행본이 출간되기 시작¹²⁾했고, 1996년에 고려대학교 법무대학원 의료법학과, 1998년 연세대학교 보건대학원 의료법윤리학과와 의과대학 의료법윤리학과가 개설되는 등 의료법학 전공이 생겨나기 시작했다. 의료법학의 시작은 의학과 법학의 학제 간 연계에서 출발했지만 생명과학기술, 생명의료윤리, 법심리학, 법철학 등 학문영역과의 통섭학문으로 발전하였다. 학문영역이 넓어지면서 실무에서도 의료소송이나 의료법률자문 등 실무영역이 넓어지게 되었다.

의학과 의료기술의 법적 문제, 의료분쟁의 해결, 의료법 관련 사회적 이슈, 의료관련 법 제·개정 등이 연구 활동의 대상이다. 구체적으로는 의료사고에 대한 민·형사·행정 책임, 의료분쟁 해결 제도, 의료인 자격과 역할, 의료기관 설립 및 운영 제도, 국민건강보험제도, 장기이식, 원하지 않은 임신 및 출생과 법, 배아복제와 개체복제의 윤리적·법적 문제, 담배소송과 공중보건정책, 의료시장 개방과 법, 의료분업과 신뢰의 원칙, 원격의료, 대체의료와 법, 생명윤리기본법 등 사회적 관심사로 부상한 의료관련 법 현상에 관한 연구를 통해 바람직한 입법과 대안을 제시하는 것이 대한의료법학회의 활동영역이며 활동방향이다.

2. 『의료법학』에 나타난 연구실적

의료형법에 관한 20여년의 연구 성과를 살펴보자. 『의료법학』은 2000년 제1권 1호를 시작으로 2019년 6월 30일에 제20권 1호까지 총 39호가 발간되었다. 지금까지 게재된 논문은 433편인데(일부 중국어 번역본 중복), 여기에는

12) 신현호, 의료소송총론: 의료행위와 의사의 법적 책임, 1997; 이덕환, 의료행위와 법, 1998; 이상돈, 의료형법, 1998; 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 1998. 등등.

46편 정도가 외국 제도나 이론의 소개 혹은 한국의료법과의 비교법적 검토에 관한 논문이다. 그 중 60편 정도가 의료형법에 관한 연구로 볼 수 있다. 물론 의료행위 개념, 주의의무, 입증책임 등 민·형사 문제가 겹치거나 의료행정법적 쟁점이 포함된 주제도 있어 의료형법으로 분류하기 쉽지 않지만 대략 15% 수준이라고 볼 수 있다. 의료법학에서 의료민법과 의료행정법이 차지하는 비중이 의료형사법보다 높다는 사실을 알 수 있다. 그러나 20여 년간 의료형법 분야에서 다루지 않은 주제가 없을 정도로 넓고 깊이 있는 연구가 진행되었음을 확인할 수 있다. 『의료법학』에 나타난 연구의 경향을 보면 의료관련 법 제·개정논의와 사회적 이슈 발생에 따른 시대적 요구가 반영된 연구가 진행된 것으로 볼 수 있다.

의료인도 예외 없이 형법규범의 수범자(受範者)로 형법의 적용을 받는다. 전통적으로 의료형법은 의료인의 의료과오로 인한 생명·신체 침해에 대한 형사책임을 다루는 학문분과다. 형법 상 업무상과실치사상죄의 성립요건인 과실(주의의무 위반)과 인과관계(및 객관적 귀속)에 관한 형법이론학의 연구 성과를 의료영역에 적용¹³⁾하는 것이다. 치료의 목적으로 의술의 법칙에 따른 의료행위가 상해의 구성요건을 충족하는지 아니면 위법성이 조각되는가에 관한 형법해석학적 쟁점(상해개념, 피해자의 승낙, 정당행위의 업무로 인한 행위 등)이나 주의의무위반(과실)과 인과관계 등 형법학에서 다루는 주제들을 의료분야에 적용하는 것이기 때문에 새롭게 등장한 전문법 영역이라고 보기는

13) 김영태, “당직 근무 중 발생한 의료사고에서 당직의료인의 업무상과실을 인정하기 위한 요건”, 의료법학(제9권 1호), 2008, 319면; 김학태, “의료상 제조물사고의 형사책임”, 의료법학(제3권 2호), 2002, 108면; 박영호, “형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석”, 의료법학(제15권 2호), 2014, 435면; 범경철, “의료과오사건에서 의사의 과실을 인정하기 위한 요건 - 대법원 2006.10.26. 선고 2004도486 판결”, 의료법학(제8권 1호), 2007, 215면; 이석배, “형법상 제조물책임과 인과관계의 확정”, 의료법학(제17권 2호), 2016, 3면; 이재석, “의료행위에 있어 과실범의 성립요건”, 의료법학(제3권 2호), 2002, 339면; 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임”, 의료법학(제1권 1호), 2000, 235면; 정웅석, “분업적 의료행위에 따른 형사책임관계”, 의료법학(제15권 2호), 2014, 399면; 정웅석, “의사의 주의의무위반관련성”, 의료법학(제5권 1호), 2004, 208면; 정웅석, “의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계”, 의료법학(제5권 2호), 2004, 52면.

어렵다. 의료인의 경우에 거래 교통상 요구되는 주의의무를 어떻게 파악할 것인가, 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 판단할 때 일반적 의료수준뿐만 아니라 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 판단기준으로 삼을 것인지, 치료방법의 선택 등 의료인의 재량을 얼마나 인정할 것인지, 의료분업에서 참여자의 주의의무를 어떻게 분할할 것인지, 의료과실과 사망 또는 상해의 결과 사이에 인과관계(및 객관적 귀속)가 존재하는지를 어떤 기준으로 판단할 것인지 등등에 관한 쟁점들에 관한 연구논문과 판례평석이다. 생명보호 및 생명침해와 관련하여¹⁴⁾ 살인죄의 성립여부가 문제되는 안락사, 연명치료중단과 소극적 안락사, 자살조력 또는 자살방조, 태아의 생명보호에 관한 낙태죄 등도 여기에 속한다. 그 밖에 형법총론의 해석학적 쟁점(피해자의 승낙, 금지착오, 책임원칙 등)에 관한 논문¹⁵⁾도 다수 포함되어 있다.

14) 구영모, “안락사의 개념과 분류”, 의료법학(제6권 1호), 2005, 63면; 김영옥, “형법상 생명보호원칙과 치료중단”, 의료법학(제3권 1호), 2002, 25면; 김영태, “의료행위와 환자의 자기결정권에 관한 고찰”, 의료법학(제15권 2호), 2014, 3면; 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성”, 의료법학(제9권 1호), 2008, 197면; 박무원, “형법을 통한 생명의 보호”, 의료법학(제11권 1호), 2010, 297면; 유승룡, “생명권과 자기결정권, 그리고 의사의 진료의무”, 의료법학(제9권 2호), 2008, 11면; 이상용, “출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰”, 의료법학(제10권 1호), 2009, 117면; 이인영, “낙태죄의 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 의료법학(제8권 2호), 2007, 205면; 이준걸, “형법상 존엄사에 관한 연구”, 의료법학(제1권 1호), 2000, 164면; 정규원, “연명치료중단”, 의료법학(제6권 1호), 2005, 13면; 정규원, “인공임신중절”, 의료법학(제3권 1호), 2002, 95면; 정웅석, “세칭 보라매병원사건의 제1심, 제2심 판결에 관한 형사법적 고찰”, 의료법학(제4권 1호), 2003, 153면; 정효성, “낙태죄와 생명보호”, 의료법학(제10권 1호), 2009, 323면; 정효성, “연명치료 중단의 현황과 대책”, 의료법학(제9권 1호), 2008, 461면; 조인호, “치료중단행위에 대한 의료형법적 고찰”, 의료법학(제9권 1호), 2008, 319면.

15) 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 348면; 유재근, “수술환자의 권리보호에 대한 형사법적 쟁점 -환자의 자기결정권을 중심으로-”, 의료법학(제16권 2호), 2015, 3면; 이석배, “의료행위와 대리승낙”, 의료법학(제15권 1호), 2014, 303면; 이진필, “의약품 관련 금지착오 판례 평석”, 의료법학(제5권 2호), 2004, 366면; 임광주, “정당한 이유가 있는 법률의 착오 -약사법규정에 대한 착오와 관련하여-”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 272면; 정규원, “약사법 위반에 대한 법률의 착오”, 의료법학(제5권 2호), 2004, 353면; 최행식, “의사의 설명과 환자의 동의”, 의료법학(제5권 2호), 2004, 294면; 황만성, “의료법 등의 양벌규정과 책임원칙”, 의료법학(제11권 2호), 2010, 149면.

더 나아가 고의범으로는 업무상 비밀누설죄, 허위진단서 작성죄¹⁶⁾, 재산범죄인 사기죄(유령수술, 요양급여 허위청구, 소위 사무장병원의 진료비허위청구 등)¹⁷⁾와 배임수재(리베이트 포함) 등이 연구대상이라고 볼 수 있다. 의료법이나 의료 및 생명의료 관련법령의 형사처벌 규정도 의료형법의 주요한 연구대상이다. 의료행위와 생명의료연구의 법제화에 따른 법규정의 해석이 문제되는 주제들이다. 의료행위 개념¹⁸⁾과 무면허의료행위¹⁹⁾, 진료기록부 작성 의무²⁰⁾, 전원의무²¹⁾, 의료광고²²⁾, 환자유인금지²³⁾, 장기이식과 장기매매²⁴⁾,

-
- 16) 김영태, “허위진단서작성죄의 구성요건 등에 대한 고찰”, 의료법학(제10권 2호), 2009, 115면.
- 17) 황만성, “유령수술행위의 형사책임”, 의료법학(제16권 2호), 2015, 27면; 황만성, “요양급여비용 허위청구와 사기죄의 법적 쟁점”, 의료법학(제14권 2호), 2013, 11면; 황만성, “국민건강보험과 관련한 보험범죄의 문제점과 대책”, 의료법학(제5권 1호), 2004, 679면; 황만성, “미국의 진료비 허위·부정청구 방지대책”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 377면; 허수진, “요양급여의 허위·부정청구 -사례연구 중심으로-”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 41면.
- 18) 의료행위의 개념을 법적으로 정의하려는 시도가 있었다. 2007년 의료법 개정안에서는 의료행위를 ‘의료인이 각 의료인의 종별 전문지식을 근거로 하여 행하는 예방·치료·재활 및 연명치료 등을 위한 진찰, 검사, 처방, 투약, 시술, 조산, 간호 및 요양지도 등의 행위’로 정의하려다가 의료기술의 발전에 따른 의료행위개념의 변화가능성, 모든 의료인에게 공통되는 의료행위 개념정의의 입법 기술적 한계 등을 이유로 삭제되었다. 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에서 의료사고를 “보건의료인(의료법 제27조 제1항 단서 또는 약사법 제23조 제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다) 이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위(이하 “의료행위등”이라 한다)로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우를 말한다.”라고 정의(제2조 1호)하면서 의료행위의 개념을 규정하고 있다. 대법원과 헌법재판소는 위 규정들을 기초로, 특히 의료법 제27조 제1항을 중심으로 의료행위를 “질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위”로 보고 있다(대법원 2004.10.28. 선고 2004도3405 판결; 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결; 대법원 2002.8.23. 2002도2014 판결; 대법원 1987.12.8. 선고 87도2108 판결; 대법원 1986.10.14. 선고 86도1678 판결. 헌재 2002.12.28. 2001헌마370; 헌재 2005.3.31. 2001헌바87. 참고)
- 19) 김경례, “전문간호사 제도와 무면허 의료행위”, 의료법학(제11권 1호), 2010, 173면; 김나경, “의료 개념의 다층적 이해와 법”, 의료법학(제11권 2호), 2010, 75면; 김하나·김계현, “유사의료행위에 관한 법적 검토”, 의료법학(제10권 2호), 2009, 427면; 범경찰, “의료행위 개념의 확대”, 의료법학(제5권 1호), 2004, 661면; 이부균, “한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰”, 의료법학(제13권 2호), 2012, 263면; 장준혁, “무면허의료행위에 대한 형사법적 쟁점”, 의료법학(제15권 1호), 2014, 35면; 정규원, “약침의 한방의료행위성에 대한 검토”, 의료법학(제19권 1호), 2018, 3면; 정도희, “판례에서 나타난 무면허의료행위의 유형과 법률의 착오”, 의료법학(제11권 1호), 2010, 243면.
- 20) 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성 시 형사처벌 가부”, 의료법학(제8권 1호),

인간배아복제와 난자매매²⁵⁾, 인체실험²⁶⁾, 검시제도²⁷⁾ 등이다.

『의료법학』에서 다루지 않았던, 또는 논의가 덜 된 주제로는 업무상 비밀누설과 긴급피난, 피해자의 승낙(추정적 승낙)과 하자있는 의사표시, 의료관련 경제형법 분야로 배임수재죄(리베이트 포함) 등이 있다.

3. 의료형법의 연구주제

가. 의료형법학의 전통적 주제

전통적인 의료형법영역의 주제는 형법학에서 이미 법리가 확립되어 있는 주제들이다. 가장 기본적인 주제가 의료행위의 형법적 성격에 관한 논쟁²⁸⁾이다. 치료행위를 상해로 볼 것인지, 아니면 상해로 보더라도 어떤 근거로 위법성이 조각된다고 볼 것인지, 전단적 의료행위가 상해죄에 해당하는지 등등이 쟁점이다. 이는 불충분한 설명에 따른 하자 있는 의사표시의 효력, 소위 유명수술(대리수술)을 전단적 치료행위로 보고 상해를 인정할 수 있을 것인지(상해의

2007, 107면; 황만성, “진료기록부 부실기재 등의 법적 평가”, 의료법학(제4권 1호), 2003, 194면.

- 21) 김영태, “전원의무 관련 쟁점 및 대법원판례 고찰”, 의료법학(제14권 2호), 2013, 281면.
- 22) 심영주, “특별법상 허위·과장광고 및 표시에 관한 형사처벌 조항에 대한 검토”, 의료법학(제15권 1호), 2014, 165면; 유현정, “금지되는 기사성 의료광고의 한계”, 의료법학(제13권 2호), 2012, 141면; 이동진, “전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로”, 의료법학(제17권 2호), 2016, 177면.
- 23) 이석배, “의료법 제27조 제3항 환자 ‘유인’ 금지의 적용범위”, 의료법학(제12권 1호), 2011, 11면.
- 24) 박영규, “장기이식의 형법적 고찰”, 의료법학(제1권 1호), 2000, 139면; 정규원, “장기이식의 법적 문제”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 333면; 주호노, “장기 등 이식에 관한 법률의 문제점과 개정방향”, 의료법학(제2권 1호), 2001, 349면.
- 25) 정규원, “인간배아복제의 법적 문제”, 의료법학(제2권 2호), 2001, 76면; 황만성, “생식자의 매매에 관한 법적 문제”, 의료법학(제3권 1호), 2002, 224면.
- 26) 오상원, “형법적 관점에서 본 치료실험과 인간실험”, 의료법학(제1권 1호), 2000, 191면.
- 27) 이임성, “현행 변사검시제도 검토”, 의료법학(제7권 1호), 2006, 9면; 윤성철, “검시제도의 실효성 확보에 관한 소고”, 의료법학(제6권 1호), 2005, 107면.
- 28) 의료행위와 의료사고의 형법적 성격에 관한 학설과 판례를 정리한 것으로 최민영·이석배, “의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임”, 형사정책연구원 연구총서(15-AA-06), 2015, 18면 이하 참조.

고의, 신체의 생리적 기능 훼손으로서 상해결과 발생)와 환자의 동의를 어떻게 평가할 것인지, 환자의 명시적 의료거부의사에 반한 치료행위를 어떻게 볼 것인지, 마취수술 도중 동의 받은 시술의 범위를 넘어서 의료적으로 필요한 시술을 행한 경우나 의식이 없는 응급환자의 추정적 승낙은 어떤 요건 하에 인정되어야 하는지 등이 여전히 논란이 되고 있다. 비의료인의 대리수술이나 소위 유령 성형수술 등이 빈발하고 있는 상황에서 상해죄, 업무상과실치사상죄, 사기죄, 상담의사와 시술의사 간의 공범성립여부 등이 형사법적 쟁점이 되고 있다. 의료행위가 상해죄의 구성요건에 해당하지만 업무로 인한 행위로서 정당행위(형법 제20조)가 되어 위법성이 조각되어 범죄가 성립하지 않는다고 보거나²⁹⁾ 애당초 상해죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 보는 견해(의술의 법칙에 따라 의료행위를 하면 상해의 고의도 없고, 상해의 결과도 발생하지 않는 것이므로)³⁰⁾, 상해죄의 구성요건에 해당하지만 의사의 설명의무에 기한 설명과 환자의 동의, 즉 환자의 자기결정권)로서 피해자의 승낙(형법 제24조)으로 위법성이 조각된다고 보는 견해³¹⁾ 등이 대립되어 있다. 판례는 업무로 인한 행위로서 정당행위로 보거나³²⁾ 피해자의 승낙으로 위법성이 조각된다고 보고 있다.³³⁾

의사의 치료행위는 상해죄의 구성요건을 충족시키는 행위가 아니다. 상해를 생리적 기능훼손행위로 보든 아니면 신체의 완전성을 해치는 행위로 보든 의사의 치료행위는 어느 것에도 해당하지 않는다. 왜냐하면 의사의 치료행위는 건강을 개선 또는 회복시키는 행위이기 때문이다. 예컨대 맹장수술을 위하여 복부를 절개하고 맹장을 제거하고 절개된 부위를 봉합하는 등의 일련의 행위 중에서 복부를 절개하는 행위만 떼어 놓고 보면 상해에 해당할 수 있다. 그

29) 각주 6) 참조.

30) 김일수·서보학, 형법각론(제9판), 2018, 51면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제9판), 2017, 294면.

31) 각주 8) 참조.

32) 대법원 1978.11.14. 선고 78도2388 판결.

33) 대법원 1993.7.27. 선고 92도2345 판결.

러나 의사의 치료 또는 수술행위는 전체적으로 보면 궁극적으로 건강을 개선 또는 회복시키는 행위이기 때문에 상해개념에 포함될 수 없다. 즉, 상해죄의 객관적 구성요건해당성이 부정되는 행위이다. 또한 의사는 맹장수술의 예에서 보듯이 건강을 개선하고 회복시키기 위하여 복부를 절개하고 궤매는 등 의술의 법칙에 따라 행한 것이기 때문에 상해의 고의를 인정할 수 없다. 즉, 상해죄의 주관적 구성요건해당성이 결여된 행위이다. 따라서 의사의 치료 또는 수술행위는 상해죄의 구성요건에 해당하지 않는다. 그러나 자궁근종 오진사례³⁴⁾ 처럼 자궁을 적출하지 않아도 될 환자로부터 자궁을 적출한 행위는 그로 인하여 생리적 기능이 훼손되었고 신체의 완전성도 침해되었기 때문에 이미 상해죄의 객관적 구성요건인 상해개념을 충족시킨다. 이처럼 치료행위의 유형에 따라 달리 보아야 한다.

의사의 치료행위가 구성요건에 해당하더라도(예컨대 건강진단을 위한 채혈이나 위내시경검사로 인한 통증 등) 업무로 인한 행위로서 정당행위가 되는 것은 아니다. 의사의 치료행위를 업무행위로 보는 것은 치료 또는 수술행위를 의사와 환자 간의 관계 속에서 이루어지는 행위로 보는 것이 아니라 일방적으로 의사의 업무영역으로만 파악하는 잘못된 관점이다. 환자의 신체에 대한 자기결정권이 무시되지 않기 위해서는 피해자의 승낙이나 추정적 승낙으로 위법성이 조각된다고 보아야 한다. 그렇다면 의사의 치료행위가 구성요건해당성이 인정되고 피해자의 승낙(또는 추정적 승낙)이 없는 경우에만 업무로 인한 행위로서 정당행위가 되어 위법성이 조각되게 된다.

의료인의 침습적 치료행위가 법적으로 자유로운 영역에 놓여 있는 것이 아니다. 선한 의도로 치료행위를 했는데, 악결과가 나왔다고 형사처벌하는 것이 문제라는 주장은 의료행위가 법적 규율 대상이 아니라는 인식이 자리하고 있다. 치료목적이라는 의도는 선하지만 의술의 법칙에 따랐는지, 기울여야 할 주의의무를 다했는지가 문제되는 것이다. 그래서 과실이 있었는지를 따지는 것

34) 대법원 1993.7.27. 선고 92도2345 판결.

이고 환자의 동의를 얻어 피해자의 승낙으로 위법성이 조각되어 적법한 행위가 될 수 있는지 등 평가가 필요한 법적 영역의 행위인 것이다.

나. 의료법 위반 관련 주제

의료관련 기본법인 의료법에는 법적 의무위반에 대한 행정처분(면허취소, 자격정지 등), 과태료, 형사제재(자유형과 벌금형) 등이 규정되어 있다. 현재 100여 개의 별칙조항이 있는데, 40여 개는 면허취소 등 행정처분과 과태료이고 60여 개의 형사처벌 조항이 있다. 주로 문제되는 위반행위는 무면허의료행위다. 무면허의료행위의 요건, 면허범위와 관련하여 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 판단하는 기준(경계선이 불분명해진 의사와 한의사 또는 치과와 성형외과의 면허범위, 조산사나 간호사의 업무 등)과 공범성립(공동정범, 교사 및 방조범) 등이 쟁점이다. 법 개정으로 가장 무거운 법정형이 규정되어 있는 의료기관 개설에 관한 의료법 규정 위반도 자주 문제된다. 의료법은 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한(제33조)함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 처벌규정(제87조)을 두고 있다. 여기서 ‘의료기관 개설행위’의 의미가 쟁점이다.³⁵⁾ 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 등을 금지하는 의료법 제27조 제3항 본문에서 정한 ‘소개·알선’ 및 ‘유인’의 의미³⁶⁾도 논란이 되는 주제이다. 또한 의료광고와 관련하여 의료광고 주체가 아닌 자의 의료광고, 금지내용의 의료광고, 허위과장 의료광고 등 ‘의료광고’의 의미³⁷⁾도 문제된다. 부작위범으로서 진료거부도 자주 발생하는 사례이다.

의료영역에서 리베이트 관행은 제약회사의 마케팅방식으로 고착화되어 있

35) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014도7217 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018도10779 판결.

36) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018도20928 판결.

37) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2014도16577 판결.

다. 과거에는 리베이트를 받은 봉직의의 경우 배임수재죄 또는 사기죄로 처벌한 사례가 있지만, 2010년 의료법 개정으로 리베이트에 관한 쌍벌 규정이 도입되어 개원의도 리베이트를 받으면 형사처벌의 대상이 되었다(제23조의3 및 제87조의2 제2항).³⁸⁾ 제66조 제1항 제9호에 따라 1년 이하의 면허정지도 가능하다. 의사 스스로 어떠한 명목으로 제공되는 리베이트가 합법인지 불법인지 여부를 쉽게 판단할 수 없을 정도로 의료법 규정이 모호하고, 의사가 불법 리베이트를 받는 경우 형사처벌과 의사면허정지라는 이중의 불이익이 가해지는 것이 가혹하다는 비판이 의료계에서 제기되고 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙에 위배된다는 지적이 있는 주제이다.³⁹⁾

다. 기타 부수형법

형사제재를 두고 있는 넓은 의미의 형법에는 형법(형법전)과 특별형법(특정범죄가중처벌법, 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 등)외에도 개별형법이 있다. 의료법은 개별형법에 포함된다. 이를 전문형법, 행정형법, 부수형법으로 부르기도 한다. 의료법 이외에 의료관련 부수형법은 무수히 많다. 대표적으로 응급의료에 관한 법률, 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 장기 등 이식에 관한 법률 등이다. 응급의료에 관한 법률의 응급의료의 거부금지(제60조 3항), 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 인간복제금지(제64조), 이종 간의 착상 등의 금지(제65조), 배아불법사용금지(제66조), 생식세포 등 불법공여(제67조), 유전자 불법검사·부당사용(제67조, 제68조) 등이 주로 다루어지는 주제들이다.

38) 리베이트 관련 법령 및 리베이트의 유형 등에 관해서는 이경환·최과라, “의료인의 형사책임”, J Korean Med Assoc 2013 August; 56(8), 657.

39) 이석배, “독일에서 의료영역의 리베이트와 형법”, 법학논총(제33권 2호), 전남대학교, 2013, 7면; 전병남, “리베이트 쌍벌죄 규정의 위헌성”, 의료정책포럼(제9권 4호), 대한의사협회 의료정책연구소, 2011, 71면.

IV. 회고 2: 의료형법의 확장과 과잉 형사범죄화·형사처벌화

1. 형법학과 생명의료윤리, 의학의 충돌

전통적으로 의료행위는 환자의 생명과 건강을 지키기 위한 행위이므로 윤리적인 문제가 항상 내재되어 있다. 생명과학기술과 생명의료연구의 발전에 힘입은 의료(생명의료)는 더 복잡하고 다양한 윤리문제에 봉착하게 된다. 유전자 조작부터 배아 연구, 생명복제, 장기이식, 낙태, 인공 수정, 대리모, 안락사, 뇌사판정 등 생명공학의 발전에 힘입은 현대 의학과 의료기술은 윤리적 및 법적 문제를 안고 있다. 생명을 어디까지 인위적으로 조작해도 되는지, 어느 시점부터 언제까지 사람인지, 연명의료는 언제부터 어떤 요건 하에서 중단해도 되는지 등이 문제가 되고 있다. 의료윤리 및 전문 직업윤리의 요청과 범규범의 요구가 대립하고, 의료윤리에 맡길 것인지 아니면 형사처벌로 강제할 것인지에 대한 입장차가 늘 존재한다. 이러한 입장 차이에서 발생하는 논쟁 속에서 전문가 집단에서 통용되는 자율적인 윤리 규범과 의료윤리에 맡기기 보다는 법은 끊임없이 의료인에게 환자치료와 의료연구에서 제기되는 의료윤리문제를 어떻게 다루어야 하는지에 관한 행위규범을 제시해왔다. 그러나 역설적이게도 법제화가 이루어지고 있지만 오히려 의료윤리와 법 사이의 한계와 관계가 모호해지고 나아가 과잉 법제화와 과잉 형사처벌화의 문제가 제기되고 있다.

2. 의료형법의 확장

의료법뿐만 아니라 수많은 부수형법을 통하여 의료형법의 영역은 확장되고 있다. 물론 형사처벌 조항이 있다고 하여 형법에서 다루어야 할 것은 아니지만 처벌규정의 해석에 있어서 형사법의 원칙과 관점이 필요한 부분이 있기 때문에 형법학에서 관심을 갖고 있는 것이다. 형사처벌의 대상이 되는 의료법 위반 규정의 의미를 밝히는 해석 작업에서 허용되지 않는 유추와 정당한 해석의 한계(유추금지의 원칙), 명확성의 원칙 등 죄형법정주의 원칙을 준수하는 해석

이 무엇인지, 형사처벌 대상행위의 보호법익과 불법성은 무엇인지, 불법에 비례하는 법정형인지 등을 따져보는 것이다.

3. 과잉 형사처벌 규정화 경향

현재 의료인(의료기관 종사자)의 의료행위(의료관련행위)를 규율하는 기본법인 의료법은 1951년에 ‘국민의료법’이라는 명칭으로 제정되어 수차례 개정을 거쳐 오늘의 의료법에 이르게 되었다. 의료법의 벌칙조항의 수도 계속 증가하였고, 법정형도 상향되었다. 특징적인 것은 과잉 형사처벌화의 경향이다.⁴⁰⁾ 제정 당시에는 14개 정도의 형사처벌 조항이 있었다. 제21조에 “의료업자는 모든 질병의 예방, 진찰과 치료에 대하여 그 의무를 다 하여야 한다.”고 규정하고 의무위반에 6월 이하 징역, 5만 원 이하 벌금 또는 과료라는 처벌조항도 두었다(제61조). 여러 신고의무를 규정하고(제30조, 제31조, 제32조 등) 신고의무 위반을 처벌하였다(제62조). 제정 당시부터 행정 편의적 처벌규정, 형사처벌 규정과잉이 눈에 띈다. 대한의료법학회가 창립한 시기인 1999년에는 형사처벌 조항이 40여 개로 증가하였고, 현재는 60여 개에 달한다. 100여 개의 벌칙조항 중 40여 개는 면허취소 등 행정처분과 과태료다.

의료법에는 수많은 형사처벌 규정이 있지만 특히 논란이 되는 규정은 무면허의료행위 금지규정이다. 면허 없이 의료행위를 하거나 면허범위를 넘어서는 의료행위의 개념과 기준이 무엇인지, 특히 양한방의 한계선을 어떻게 구획할 것인지⁴¹⁾, 치과와 성형외과의 영역분쟁⁴²⁾ 등이 쟁점이다. 나아가 보호법익과 보호정도에 비추어 불법성과 법정형이 비례하는지, 보건범죄 단속에 관

40) 권수진, 형사특별법 정비방안(10) 보건·의료·마약·생명·윤리 분야, 형사정책연구원, 2008, 91면 이하 참조.

41) 양한방의 경계선상에 놓여 있는 시술과 관련하여 이경환·최파라, “의료인의 형사책임”, J Korean Med Assoc 2013 August; 56(8), 660; 백경희·장연화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰”, 대한의료법학회지(제22권 1호), 2014, 123면 이하 참조.

42) 황만성, “치과의사의 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구”, 법학논총(제29권 3호), 2017, 559면 이하 참조.

한 특별조치법상의 영리목적 무면허의료행위의 법정형이 비례성 원칙에 부합하는지 등이 규정의 합헌결정에도 불구하고 규명되어야 할 문제들이다. 무면허의료행위(제27조 제1항)는 5년 이하의 징역이지만(제87조의2 제2항) 보건범죄단속에 관한 특별조치법은 이를 영리목적으로 업(業)으로 하는 경우에 무기 또는 2년 이상의 징역에 처할 수 있어서 사형을 제외하고 형법상 가장 무거운 범죄에 해당한다. 물론 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조는 의사, 치과의사, 한의사가 아닌 자의 무면허의료행위를 처벌하는 규정이지만, 살인죄의 법정형(형법 제250조)이 무기 또는 5년 이상 징역(사형 포함), 강간죄의 법정형(형법 제297조)이 3년 이상의 유기징역, 유사강간의 법정형(형법 제297조의2)이 2년 이상의 유기징역인 것과 비교하면 법정형의 하한선이 매우 높은 것을 알 수 있다. 그 보호법익이 무엇이고, 중한 법정형에 비례하는 불법성을 무엇으로 파악하고 있는 것인지 의문이다. 무면허의료행위의 죄의 보호법익은 사람의 생명이나 신체(개인적 법익)와 국가면허제도의 유지·보호 또는 실효성(국가적 법익)⁴³⁾으로 본다. 보호의 정도는 추상적 위험범이다.⁴⁴⁾ 의료법⁴⁵⁾ 및 보건범죄단속에 관한 특별조치법⁴⁶⁾의 무면허의료행위 규정은 생명·신체의 존귀성을 고려할 때 치료결과와 관계없이 사전제재의 필요성이 있고 신체침해의 결과가 발생한 경우(상해죄)보다 법정형이 높은 것은 무면허의료행위의 보호법익이 이중적이라는 점에서 정당화될 수 있다고 보아 모두 합헌결정을 받았다.

무면허의료행위를 추상적 위험범, 구체적 위험범, 생명·신체의 침해결과가 발생한 결과범으로 구분하여 규정하는 것이 합리적이라고 본다. 무자격자가 행하는 의료행위의 위험은 추상적 위험으로도 충분하므로 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않았다 하여 사람의 생명, 신체 또는 공중보건상의 위해가

43) 이상돈·김나경, 의료법강의, 49면.

44) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결.

45) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7.

46) 헌재 2007. 3. 29. 2003헌바15.

없다고 할 수 없다. 이에 반해서 면허범위를 넘어서는 무면허의료행위의 위험성은 무면허의료행위보다 높지 않을 것이다. 면허가 있는 자의 행위이기 때문이다. 불법은 행위불법(고의와 과실 같은 행위반가치)과 결과불법(법익침해와 법익위태화 같은 결과반가치)으로 구성되므로 행위불법(무면허의료행위)은 동일하더라도 그 행위로 인한 결과(위험의 정도와 침해결과)는 다를 수 있다는 점을 고려하여 법 개정 논의가 필요한 부분이다.

태아성별고지 금지위반, 진료기록부 작성의무 위반, 의료광고행위 등도 형사처벌의 대상이 되는지, 된다고 보더라도 비례성의 원칙에 부합한 법정형인지 등이 문제된다. 태아성별 고지금지(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 의료법 제19조의2 제2항)는 헌법불합치 결정⁴⁷⁾을 받아 32주 이전의 고지금지로 개정된 바 있다. 태아의 성별에 대하여 임신 전 기간에 걸쳐 이를 고지하는 것을 금지하는 것이 의료인의 직업수행의 자유와 부모의 태아성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해한다는 이유다. 의료인으로 하여금 진료기록부에 서명하도록 의무를 부과하고 그 불이행에 대하여 ‘300만 원 이하의 벌금’에 처하도록 한 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정된 후 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 제21조 제1항 및 제69조)이 의료인의 직업수행의 자유를 침해하거나 명확성의 원칙과 평등원칙에 위배되어 헌법에 위반되는지 여부에 대한 합헌결정⁴⁸⁾도 형사처벌의 정당성을 근거지우는 불법의 내용이 모호하다는 점에서 과잉형사처벌 규정으로 보인다.

3년 이하의 징역에 처하는 환자유인행위금지(제27조 제3항, 제88조)도 불법의 정도에 상응하는 법정형이라고 보기 어렵다. 일반적으로 호객행위는 경범죄처벌법의 규율대상인데, 이러한 행위와 단순 비교할 수 없지만 환자유인행위의 불법성이 무엇이고 보호법익이 무엇인지 불분명하다. 의료법 제17조 제1항은 의사가 직접 진찰하고 진단서를 발급해야 한다고 규정하고, 이를 위

47) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010.

48) 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마593.

만하면 500만 원 이하의 벌금에 처한다.⁴⁹⁾ 전화로 진찰하거나 환자 아닌 제3자 명의로 처방전을 발행하는 행위를 처벌하기 위한 규정이다. 그러나 이러한 행위를 형사처벌해야 할 정도의 불법행위로 볼 수 있는지, 아니면 의료인의 의료윤리와 양심에 맡겨야 할 것인지 과태료 처분대상으로 볼 것인지가 문제된다. 허위진단서의 요건을 갖추면 형법상 허위진단서작성죄로 처벌하면 된다. 전화를 이용하여 진찰한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구하면 사기죄로 처벌하면 족하다.⁵⁰⁾

사회적 이슈가 되어 신설된 일회용 주사 의료용품 재사용 금지(의료법 제4조 제6항 2016년 5월 29일) 위반은 과태료 대상이고, 의무위반으로 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 한 경우에는 면허취소 사유가 된다. 그러나 생명 또는 신체에 위해를 발생하게 하면 면허취소가 아니라 형사처벌의 대상이면서 면허취소 사유가 되어야 한다. 물론 생명 또는 신체에 위해가 발생하면 형법상 상해죄 등으로 형사처벌할 수 있지만 면허취소 사유에 해당하지 않으므로 의료법에 따른 면허취소사유를 신설한다는 의미가 있는 규정이다. 하지만 한편으로는 의료인의 양심과 의료윤리에 맡겨야 할 의료인의 의무를 법제화하고 법적으로 강제하는 것은 과잉 법제화로 보이고, 다른 한편으로는 사람의 생명 또는 신체에 위해를 발생하게 하는데도 형사처벌이 아니라 면허취소의 사유로만 규정한 것은 과소 법제화로 보인다. 심지어 명찰착용의무(제4조 제5항)도 의료법에 규정되어 있다.

4. 여전히 선호되는 형사소송

의료사고는 매년 증가하고 있다. 의료인의 과실이 인정되어 형사처벌되는 사례도 적지 않게 발생한다. 의료소송은 손해배상소송으로 진행되는 건수가 많지만 최근에는 형사소송도 지속적으로 증가하는 추세다. 언론에 등장하는

49) 이 규정의 엄격한 해석의 필요성에 관해서는 문현호, “진단서, 처방전과 관련된 최근의 쟁점”, 의료법학(제14권 2호), 2013, 49면.

50) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011도10797 판결.

사건도 적지 않다(신해철 사건⁵¹), 황격막탈장 오진 유죄선고와 법정구속 사건⁵²), 병원감염에 대한 의료인 기소와 무죄판결⁵³) 등). 형사소송(수사와 기소 및 재판)을 선호하는 이유가 있다. 의료사고에 대해 의료인을 고소하면 수사기관은 압수·수색 등 강제처분을 통해 환자 측이 얻어내기 어려운 진료기록 부 등 사고 관련 자료를 확보하게 되고 환자 측에서는 소송비용을 들이지 않고도 이를 민사소송에 활용할 수 있으리라는 기대를 갖게 된다는 점(민사소송 준비목적), 합의 성립을 위한 상대방 압박수단으로 활용할 수 있다는 점, 의료사고 발생 후 의료인이 대처과정에서 피해자와 피해에 대하여 공감하지 못하고 잘못된 대처방법으로 감정이 악화되어 복수감정이 생기게 된다는 점(의사소통 결여와 미흡으로 인한 감정적 화풀이성격) 등을 들 수 있다.⁵⁴ 의료인은 의료행위의 전문성과 고도의 과학기술성을 들어 의료의 한계를 넘어선 ‘불행’한 결과로 치부하고 피해자는 ‘불법’한 결과로 보고 이에 대한 책임을 의료인에게 묻기를 원한다. 그러나 의료인의 과실과 인과관계를 확인하는 것이 쉽지 않음

51) 대법원은 2018. 5. 11. 가수 故 신해철의 수술을 집도하였다가 사망에 이르게 하고 신해철의 진료기록 등을 인터넷에 공개한 의사에 대한 업무상과실치사 등 사건에서 피고인의 상고를 기각하여, ‘피고인에게 수술 후 환자에게 필요한 적절한 진단과 처치를 하지 않은 과실과 이러한 과실로 환자가 사망하였다는 인과관계가 인정되고, 사망한 환자의 비밀을 누설하는 경우에도 의료법 위반죄가 성립한다.’는 이유로 피고인에 대하여 유죄를 선고한 원심판결을 확정했다(대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결).

52) 수원지방법원은 황격막 탈장을 오진해 환아를 사망에 이르게 한 혐의(업무상 과실치사)로 기소된 의사 3인 중 응급의학과 의사는 무죄, 소아청소년과 의사는 금고 1년 6개월에 집행유예 3년 및 사회봉사 40시간, 가정의학과 전공의는 금고 1년에 집행유예 3년을 선고했다(1심 판결 후 법정구속된 피고인들이 형량이 과하다며 항소를 제기한 사건이다.).

53) 이대목동병원 신생아 집단사망 사고는 2017년 12월16일 밤 9시32분께부터 10시53분 사이 이 병원 신생아 중환자실 인큐베이터에서 치료를 받던 신생아 4명이 잇따라 숨진 사건이다. 검찰은 상온에 방치해 시트로박터 프룬디균에 오염된 영양제를 투여한 것이 사망 원인이라고 보고 감염 예방수칙을 위반하고 관리 감독을 소홀히 한 혐의(업무상 과실치사)로 의료진을 구속 기소했으나, 서울남부지법 형사합의13부는 2019.2.21. 이대목동병원 전 신생아 중환자실장 박아무개 교수와 수간호사 1씨, 같은 혐의로 구속됐다가 구속적부심에서 풀려난 신생아 중환자실장 조아무개 교수, 불구속기소된 전공의와 임상전문의, 간호사 2명 등 7명에 대해 전원 무죄를 선고했다. “감염을 방지할 주의 의무를 소홀히 한 과실은 인정되지만 이 점과 신생아 사망 사이의 인과관계가 합리적 의심 없이 입증되었다고 보기 어렵다.”는 이유다.

54) 최민영·이석배, “의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임”, 형사정책연구원 연구총서(15-AA-06), 2015, 35면.

므로 의료인과 환자 간의 기본적인 관계는 불신, 갈등, 그리고 적대관계로 발전하게 되어 형법을 무기로 삼는 사태로 치닫게 된다.

그러나 소송이 장기화될 위험성이 있다는 점, 수사 인력이 의료에 관하여 전문성이 없다는 점, 과실인정 및 인과관계의 입증에서 형사소송이 더 엄격하다는 점 등이 형사사건화의 단점이다.⁵⁵⁾ 또 형사처벌 받는 비율(다른 형사사건과 비교, 의료행위 수와 비교)은 낮지만 의료불신, 방어진료 및 과잉검사(또는 과소)와 치료 등 소극적 의료행위, 과오은폐시도 등 의료인 개인이나 의료계에 미치는 영향이 부정적이라는 점에서 형사소송을 피할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.

V. 전망: 의료형법의 법치국가적 한계설정과 대안 모색

1. 법치국가의 지주(支柱) 지키기: 형법의 최후수단성, 죄형법정주의와 책임 원칙⁵⁶⁾

의료형법도 형법의 영역이므로 기본적으로 법치국가 원칙이 적용된다. 의료법의 경향으로 평가할 수 있는 과잉 형사범죄화에서 보듯이 형법의 최후수단성(ultima ratio)이 무너지고 형벌 포퓰리즘이 읽혀진다. 입법자뿐만 아니라 국민들은 어떤 금지행위든 형사처벌 규정을 두어야 실효성을 갖는다고 생각한다. 사회적으로 유해하거나 반사회적인 행위, 비윤리적 행위까지 형벌을 확대하려는 경향이 적지 않다. 결국 양심과 직업윤리 규범에 내맡겨야 할 행위나 경미한 범죄까지 무관용 정책은 비켜가지 않는다. 그래서 시민은 자유를 누릴 수 있고 안전하다고 느끼지만 날로 비대화되는 형법과 과잉 범죄화가 거꾸로 시

55) 최민영·이석배, “의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임”, 형사정책연구원 연구총서(15-AA-06), 2015, 35면.

56) 보건의료 영역에서 형법의 법치국가적 한계로서 형법의 보충성 원칙과 탈윤리화를 지적하는 견해로는 박지용, 앞의 논문, 420면.

민의 자유를 위협하기도 한다. 새로이 범죄화가 필요한 분야도 있지만 형법 개입보다 행정조치 또는 자율적 윤리위원회의 규율, 각종 이익단체의 자율적 징계권행사 등으로도 충분히 통제할 수 있는 분야가 있을 수 있다. 형법적 규제도 불법의 질과 내용에 따라 그 경중을 달리하여 형법적 대응과 경범죄적 대응 중 어느 것이 실효성 있고 충분한 수단인지를 검토해야 한다. 이것이 형법의 최후 수단성의 요구다.

불법은 결과의 경중만으로 평가해서는 안 된다. 결과책임사상에서 벗어나 책임원칙을 지키려면 과실의 정도(행위불법)와 결과의 경중(결과불법)을 함께 고려해야 한다. 과실은 가벼운데 중한 결과가 발생했다고 하여 중한 결과에 상응하는 형벌을 가해서는 안 된다. 반대로 과실은 중한데 경한 결과가 발생했다고 하여 가볍게 처벌해서도 안 된다. 불법은 행위반가치(행위불법)와 결과반가치(결과불법)로 구성되므로 양자를 종합적으로 고려해야 한다. 이것이 책임원칙이고 형벌비례성의 요구(과잉처벌과 이중처벌 금지)다. 형법구성요건도 명확해야 한다. 가치충전을 요하는 법문언(法文言)의 사용이 불가피하다고 하더라도 죄형법정주의 내용인 명확성의 원칙이 지켜져야 한다.⁵⁷⁾

2. 대안 모색의 전제: 의료인에 대한 신뢰

의사가 형사 기소되거나 유죄판결이 날 때마다 의료인과 의사단체는 반발한다. 형사처벌을 면하는 특례법 도입을 주장⁵⁸⁾하기도 한다. 의사의 진료거부권 도입, 고의 혹은 의학적으로 인정되지 않은 의료행위를 제외한 업무상과실에 대한 형사처벌 면제를 내용으로 한 특례법 제정 등을 촉구하며 집회를 열기도 한다. 이에 반해서 의료사고 피해자와 유족 단체, 환자단체는 수술실에

57) 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 고려법학(제62호), 2011, 41면 이하.

58) 의협신문 2018.11.9. (<http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=126254>).
현행 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률상의 형사처벌특례제도를 확대 하자는 주장에 대한 비판적 입장으로는 최민영·이석배, “의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임”, 형사정책연구원 연구총서(15-AA-06), 2015, 190면.

CCTV를 설치할 수 있는 법률을 제정해달라고 국회에 청원⁵⁹⁾도 한다. 이 정도면 의사와 환자 간의 불신이 어느 정도인지 가늠할 수 있다. 의료인과 환자의 관계는 과거 인격적 신뢰관계에서 법적 계약관계(대형화, 익명화, 의료의 상업화 등의 이유로)로 변하고 있다. 법적 및 의학적 지식 면에서 정보접근이 가능해져 환자의 수준이 높아지고, 권리의식의 향상으로 기꺼이 분쟁하려는 성향이 생기고, 변호사 증가에 따른 의료법전문화, 소비자연맹 등 소비자단체의 성장 등으로 피해자가 된 환자의 지위는 의사와 대등해진 것이다. 이러한 관계 변화 속에서 의사의 권위와 신뢰를 회복하려면 의료인 스스로의 노력과 의사 및 의료관련 단체의 자정노력이 선행되어야 한다. 진료기록부작성의 치밀화와 엄격화, 의료감정의 공정성 확보, 의료윤리 위반 의료인에 대한 자체 징계 강화, 고의 형사범죄의 발생을 줄이려는 노력 등이 앞서야 한다.

질병의 치유나 건강개선 목적으로 시행되는 의료행위의 선의(善意)나 구명성(救命性)을 특징으로 내세우지만, 모든 업무상 과실이 그렇듯 선한 의도로 행위 하다가 잘못하여 법익침해의 결과를 발생시키는 것이다. 치료목적이라는 선의성을 가지고 행위했다고 하더라도 그 행위수행에 요구되는 주의의무를 다하지 않았다면, 즉 과실이 있다면 치료목적이 과실을 상쇄시킬 수 없고, 행위 반가치가 다른 범죄에 비해 상대적으로 약하다⁶⁰⁾고 볼 수도 없다. 고의가 없고 선한 의도였다는 주장은 고의 살인범이나 고의 상해범이 아니라는 주장에 불과할 뿐, 아무리 실수가 작다고 하더라도 주의의무 위반으로 인정되면 민·형사상 책임이 인정되는 것이다. 과실도 없다면, 과실이 있다고 인정되었지만 중한 결과와의 인과관계가 증명되지 않으면 과실범이 성립하지 않는다. 이것이 형법상 책임원칙이고 형사소송법상 증거재판주의다. 따라서 의료인은 의료행위의 특수성에 수반되는 불가피한 위험을 형사면책의 근거로 주장해서는 안 된다.

59) 이에 대한 논란에 관해서 주간경향, 1339호(2019.8.12.).

60) 이런 입장으로는 이상돈·김나경, 의료법강의(제3판), 2017, 155면.

3. 대안과 학회의 임무·역할

의료행위는 고도의 전문성과 과학기술성을 갖고 있기 때문에 의료행위와 생명·신체 침해의 결과 사이에 인과관계를 확정하는 것이 불가능한 경우가 적지 않다. 인과관계를 확정하기 위해서 전문가의 감정이 필수적인데, 전문가란 의료업계의 동료이기 때문에 감정의 공정성을 기대하기 어려운 경우가 있다. 이렇게 사실증명이 불가능한 상황에서는 의료인과 피해자인 환자 간의 갈등과 적대적 투쟁의 끝은 보이지 않는다. 형사처벌되는 사례는 극히 드물지만 언론에 등장하는 사례만으로도 자신이 형사책임을 지는 사고가 발생할 수 있다는 생각에 이르게 되면 의사의 양심과 직업윤리, 환자의 건강보다는 자신의 법적 책임으로부터의 안전을 위해 변호사의 조언에 더 귀 기울이게 된다. 민·형사상의 책임이라는 위험성이 의료인의 생각과 행동에 영향을 미치는 것은 분명해 보인다. 의료인 스스로 법의 틀 속에서 박제화될 위험성이 있다. 수사, 기소, 형사재판, 형사처벌의 위험과 위협 속에서 직업을 수행하는 상황에 놓여 있다. 그래서 리스크 관리와 예방에 필요 이상의 에너지, 시간과 노력을 들인다. 합리적인 대응보다는 비이성적 대응이 앞선다. 방어진료, 과잉진료, 위험한 진료과목 기피현상 등이 그것이다. 이는 결국 환자나 건강보험재정에 악영향을 미친다.

그래서 의료영역의 법제화를 최소화하고 오랜 전통의 의료윤리와 의사의 직업규범이 보이지 않게 작동하도록 해야 한다. 과잉 형사처벌화도 재고해야 한다. 독일뿐만 아니라 여러 나라는 의료법학에서 형법의 후퇴와 퇴각이 하나의 경향이 되었다.⁶¹⁾ 형사처벌 이전에 절차와 의무부과를 통하여 예방효과를 노리고⁶²⁾, 이를 지키지 않으면 최후수단으로 형사처벌을 고려해야 한다. 이미 언급한 것처럼 의료법의 수많은 형사처벌 규정은 형사 불법의 실질과 정도, 형사처벌의 필요성, 형사제재의 비례성 등의 관점에서 정비되어야 한다. 또한 수

61) Albin Eser, Perspektiven der Medizin(straf)recht(Ethik und Recht in der Medizin Band 41, Nomos Verlagsgesellschaft 2006), 24면 이하.

62) Albin Eser, Perspektiven der Medizin(straf)recht, 27.

사, 기소, 형사소송, 형사처벌의 위험으로부터 벗어나게 하는 방안이 필요하다. 과실과 중과실을 구별하여 경과실에 의한 상해는 비범죄화하여 민사책임으로 해결하고 중과실만 제한적으로 형사처벌 대상이 되도록 하는 방안에 대한 논의가 필요하다. 과실범의 형사처벌은 형법의 최후수단성 고려해야 한다. 상해나 사망의 결과가 발생했다고 하더라도 중과실(주의의무위반의 정도)만, 그리고 입증의 정도도 고도의 개연성을 넘어 확실성을, ‘의심스러울 때는 피고인(의료인)에게 유리하게라는 원칙’ 등이 적용되어야 한다.

또한 재판이 아니라 조정·중재와 같은 형사절차 밖에서의 해결이 우선되도록 해야 한다. 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제51조에 의하면 조정·합의·중재가 성립한 경우에는 의료사고로 인해 보건의료인이 형법 제268조상의 업무상과실치사상죄를 범했더라도 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소제기를 할 수 없도록 하는 형사처벌 특례조항을 두고 있다. 형사소송으로 해결하기 전 피해자의 피해회복에 중점을 둔 회복적 사법의 일환이다. 문제는 예외조항이다. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 반의사불벌죄의 예외를 두고 있다. 그러나 형법 제268조의 업무상과실치사상죄는 “업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여, 행위불법 면에서는 과실과 중과실을 구별하지 않고, 결과불법 면에서 상해와 사망의 결과를 구별하지 않고 법정형을 동일하게 두고 있다는 점에서 결과의 경중에 따라 반의사불벌죄의 예외를 두는 것은 타당치 않다고 본다. 이에 관해서 의료과실의 중대성은 무엇보다도 주의의무위반의 정도, 즉 행위반가치(행위불법)를 기준으로 해야 한다고 보고 결과의 중대성을 이유로 특례의 예외를 두는 것은 문제라는 지적도 있다.⁶³⁾

63) 이상돈·김나경, 의료법강의, 243면.

VI. 나가며

의료인이 법정에서 거세 될 위험성은 늘어날 전망이다. 의사와 환자의 관계 변화, 의료의 상업화와 의료인간의 경쟁, 의료의 전문화 및 세분화, 의료장비의 첨단화(의료기기와 진단장비), 의료기기 사용으로 인한 환자의 비인간화(대상화), 의료와 의료인 수준의 완벽성에 대한 기대(의학과 의료기술의 발전, 첨단의료장비 사용, 과장된 의료광고 등), 의료인이 인체구조를 완벽하게 파악하고 지배하고 있을 것이라는 기대, 생명·신체에 위험이 초래되지 않을 것이라는 희망, 그리고 이에 바탕을 둔 까다로운 요구 등이 전망의 근거다.

환자는 의료인의 경미한 과실도 용납하지 않으려 한다. 의료인은 생명신체의 침해라는 결과발생이 불법이 아니라 불행이라고 주장하지만, 높은 기대와 요구에 반하는 결과가 발생하면 이를 받아들이지 못하는 환자나 환자가족은 실망과 불만에 그치지 않고 분쟁으로 이어가는 것이다. 환자와 피해자, 그 가족은 발생한 결과에 대한 책임을 묻고 싶어 한다. 고의인지 과실인지는 중요하지 않다. 결과책임사상이다. 의료인은 행위책임을 주장한다. 그래서 상반된 입장차를 줄이는 것이 필요하다. 의료법학회가 할 일이다. 부분적 및 분절적이 아니라 통합적 및 종합적 학문분과의 장점을 살리는 것이 학회의 존재이유다. 의료는 갈수록 복잡하고 다양해진다. 전문화되고 세분화 되어간다. 점차 칸막이가 쳐지는 경향이 있다. 현대의학과 생명공학은 어떻게 평가하고 규율할 것인지는 법학만의 임무가 아니다. 헌법, 행정법, 민법, 형법 등 여러 법 분야뿐만 아니라 의학, 생명과학, 윤리 및 철학, 사회학 등 통섭적 협업이 필요하다. 이를 통해서 새로운 연구주제를 발굴하고 설득력 있는 해결방안을 제시해야 한다. 그래야 학회의 외연이 확장된다. 외국 법제 및 이론과의 비교법적 연구와 국제 학술교류도 확대해 나가야 한다.

의료형법은 지난 20년 간 역동적인 발전을 거듭했다. 의학과 의료기술발전에 따라 새롭고 혁신적인 진단 및 치료방법을 제공하고 있다. 생명공학·유전공학과 의학의 혁명적 발전이 가져온 성과와 위험은 병존한다. 질병퇴치와 건

강개선이라는 인류가 바라던 눈부신 성과가 있는 반면 원치 않은 부수적 효과와 인간에 대한 위험이 야기된다. 윤리적 및 법적 원칙들을 재고해야 할 필요성이 대두된다. 환자의 주체성과 자율성의 발견과 발전은 의사와 환자의 관계를 변화시켰다. 더 나아가 환자·의사·보험이라는 삼각관계로 법적인 문제도 복잡해진 것이다. 법제화의 필요성이 대두되는 이유다. 형사처벌 규정도 필요하다. 형법을 투입하려면 침해된 법익, 침해의 정도, 위협받는 가치 등을 고려하여 형사처벌될 만한 불법인가(당벌성), 형벌의 투입이 필요한가(형벌필요성)라는 질문에 답해야 한다. 징역 또는 벌금과 같은 형사제재가 부과될 불법인지, 과태료에 처해질 의무위반인지 아니면 행정처분으로 족할 것인지를 따져 보아야 한다. 의료법 및 (생명)의료관계법령은 충분한 제·개정절차가 진행되기보다는 사회적 이슈와 시민의 요구, 의료인 등 이익단체의 요구가 있을 때마다 행해지는 모자이크식 입법으로 체계성과 정합성이 흠결되어 있다. 재정비가 필요한 부분인데, 이것이야말로 학회의 장점인 학제 간 협업으로 가능한 일이다.

[참 고 문 헌]

- 권수진, “형사특별법 정비방안(10) 보건·의료·마약·생명·윤리 분야”, 형사정책 연구원, 2008.
- 김미·민현정, “보건의료 시민단체의 역할 및 역할수행방식에 관한 연구”, 『한국 정책과학학회보』 제9권 1호, 2005.
- 김일수·서보학, 『형법각론』 제9판, 2018.
- 남홍우(8인 공저), 『신고 형법총론』, 한국사법행정학회, 1978.
- 박상기, 『형법각론』 제8판, 2011.
- 박지용, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 일고”, 『이화여자대학교 법학논집』 제18권 3호, 2014.
- 배종대, 『형법각론』 제8 전정판, 2013.
- 백경희·장연화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰”, 『대한의료법학회지』 제22권 1호, 2014.
- 오영근, 『형법각론』 제2판, 2009.
- 유기천, 『개정 형법학(총론강의)』, 1984.
- 이경환·최과라, “의료인의 형사책임”, J Korean Med Assoc 2013 August; 56(8).
- 이덕환, 『의료행위와 법』, 1998.
- 이동필, “최근 의료분쟁 현황, 전망과 유의할 점”, 『대한내과학회지』 제94권 3호, 2019.
- 이상돈, 『의료형법』, 1998.
- 이상돈·김나경, 『의료법강의』 제3판, 2017.
- 이석배, “독일에서 의료영역의 리베이트와 형법”, 『법학논총』 제33권 2호, 전남대학교, 2013.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』 제9판, 2017.
- 임상규, “의료행위의 정당화와 면책가능성”, 『법학논고』 제64집, 2019.
- 임 응, 『형법각론』 제4판, 2012.
- 신현호, 『의료소송총론: 의료행위와 의사의 법적 책임』, 1997.
- 전병남, “리베이트 쌍벌죄 규정의 위헌성”, 『의료정책포럼』 제9권 4호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2011.

- 정성근·박광민, 『형법각론』, 2013.
- 정영석, 『형법총론』 제5 전정판, 1984.
- 정현미, 『의료과오의 형사법적 책임』, 1998.
- 최민영·이석배, “의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임”, 『형사정책연구원 연구총서』 15-AA-06, 2015.
- 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 『고려법학』 제62호, 2011.
- 황만성, “치과의사의 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구”, 『법학논총』 제29권 3호, 2017.
- _____, “의료인과 환자 간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안”, 『경제·인문사회연구회 협동연구총서』 05-18-03, 한국형사정책연구원, 2005.
- 황산덕, 『형법총론』 제7 전정판, 1983.
- Albin Eser, Perspektiven der Medizin(straf)recht(Ethik und Recht in der Medizin Band 41, Nomos Verlagsgesellschaft 2006), 24.
- Ulsenheimer, Arztstafrecht in der praxis, 2. Aufl.(1998).
- Ulsenheimer, Fehlentwicklungen in der Medizin: Verrechtlichung und Ökonomisierung, MedR(2015) 33, 757.

[국문초록]

의료법학 20주년 회고와 전망(의료형법 분야)

하태훈(고려대학교 법학전문대학원 교수)

대한의료법학회는 지난 20년 동안 의료법 관련 학회의 향도로서, 학술활동과 그 축적된 업적, 그리고 학회 회원 구성의 다양성 및 전문성, 학계에 미치는 영향력 면에서 전문 학술단체의 역할을 충실히 수행해 왔다. 대한의료법학회의 활동과 학술지 『의료법학』은 의료법학 관련 학술정보 및 의견교류의 플랫폼으로 기능하고 있다.

의료과오로 인한 갈등과 분쟁이 잦아지고 증가하는 상황, 의료에 대한 법제화와 법적 강제가 의료인을 직업수행에 압박으로 다가오는 상황 속에서 『의료법학』은 시작되었다. 의학과 법학의 조우와 융합을 통해서 서로 상생하는 방안을 찾고자 노력했던 것이다. 의료형법은 생명 및 신체보호의 영역에서 발생하는 전통적인 범죄에서 더 나아가 생명의료 기술의 발전에 따른 생명윤리위반 행위와 의료영역에서의 부패 및 경제범죄 등으로 넓어지고 있다. 의료법학은 의료, 보건, 생명윤리, 생명과학기술 등에서 제기되는 법적 문제를 다루는 포괄적 법영역으로 발전하였다. 법적인 측면에서 보면 민법, 행정법, 형법, 사회법, 민·형사소송법 등 전통적인 법영역이 독립적이거나 중첩적으로 관련된 영역으로서 독자적인 법영역은 아니다. 그러나 이제는 법학 내에서의 여러 분야뿐만 아니라 의학, 생명윤리, 생명과학 등과의 융합법학으로서 자리하게 되었다. 법학, 의학, 윤리학, 사회학, 경제학 등 협업이 필요한 영역이 되었다.

의료형법은 지난 20년간 역동적인 발전을 거듭했다. 의학과 의료기술발전에 따라 새롭고 혁신적인 진단 및 치료방법을 제공하고 있다. 생명공학·유전공학과 의학의 혁명적 발전이 가져온 성과와 위험은 병존한다. 질병퇴치와 건강개선이라는 인류가 바라던 눈부신 성과가 있는 반면 원치 않은 부수적 효과와 인간에 대한 위험이 야기된다. 윤리적 및 법적 원칙들을 재고해야 할 필요성이 대두된다. 환자의 주체성과 자율성의 발견과 발전은 의사와 환자의 관계를 변화시켰다. 더 나아가 환자·의사·보험이라는 삼각관계로 법적인 문제도 복잡해진 것이다. 법제화의 필요성이 대두되는 이유다. 형사처벌 규정도 필요하다. 의료법 및 (생명)의료관계법령은 충분한 제·개정절차가 진행되기보다는 사회적 이슈와 시민의 요구, 의료인 등 이익단체의 요구가 있을 때마다 행해지는 모자이크식 입법으로 체계성과 정합성이 흠결되어 있다. 재정비가 필요한 부분인데, 이것이야말로 학회의 장점인 학제 간 협업으로 가능한 일이다.

주제어 : 의료형법, 융합법학, 의료소송, 최후수단성, 죄형법정주의

Retrospect and Prospect of Medical Law 20th Anniversary (Medical Criminal Law)

Ha, Tae Hoon

Prof. Dr. jur., Korea University School of Law

=ABSTRACT=

The Korean Society of Law and Medicine has faithfully played the role of professional academic organizations last 20 years in terms of academic activities, accumulated achievements, diversity, professionalism, and influence on academic circles. The Korean Society of Law and Medicine and the Journal of Medical Law serve as a platform for academic information and exchange of opinions on medical law.

Medical law began in the midst of increasing conflicts and disputes caused by medical malpractice and the enactment and legal coercion of medical care as pressure on medical workers. It tried to find a way to coexist with each other through the encounter and convergence of medicine and law. Medical criminal law extends from traditional crimes in the realm of life and body protection to bioethics violations caused by the development of biomedical technology, corruption and economic crime in the medical field. Medical law has evolved into a comprehensive legal area dealing with legal issues raised in medical treatment, healthcare, bioethics, and life sciences technology. On the legal side, medical law is not independent legal areas. It is overlapping with traditional law areas such as civil law, administrative law, criminal law, social law, civil and criminal procedure law. However, it is now established as a convergence study in medicine, bioethics, life science, as well as in various fields of law. It has become an area where collaboration is needed with the field of law, medicine, ethics, sociology and economics.

Medical criminal law has undergone a dynamic development over the last two decades. The development of medicine and medical technology provides new and innovative methods of diagnosis and treatment. The achievements and risks of

revolutionary developments in biotechnology, genetic engineering and medicine coexist. While there is a dazzling achievement that mankind has hoped for: combating disease and improving health, it also creates unwanted side effects and risks to humans. There is a need to reconsider ethical and legal principles. The discovery and development of patient identity and autonomy has changed the medical doctor-patient relationship. Furthermore, it was complicated by the triangle relationship of patients, medical doctors and insurance. Legal matters are also complicated. This is why the necessity of legislation is emerging. Criminal punishment provisions are also required. The Medical Law and Biomedical Law are systematically and coherently deformed as mosaic-based legislation that takes place whenever there are social issues, citizens' needs, and medical organizations' interests, rather than sufficient enactment and revision procedures. It needs a complete overhaul, and this is possible through interdisciplinary collaboration which is the strength of The Korean Society of Law and Medicine.

Keyword : Medical criminal law, Convergence study, Malpractice suit,
Nulla poena sine lege, Ultima ratio