

# 의료인의 면허제한 범위 확대와 기본권 제한 -의료법 개정안을 중심으로-

권 오 탁\*

|                       |
|-----------------------|
| I. 들어가며               |
| II. 의료인의 면허관리 체계와 문제점 |
| 1. 의료인의 면허관리 체계       |
| 2. 의료인의 면허관리 체계의 문제점  |
| III. 의료법 개정안 검토       |
| 1. 개정안의 내용과 쟁점        |
| 2. 쟁점사항 검토            |
| IV. 나가며               |

## I. 들어가며

의료인은 ‘전문가 집단’이라는 인식과 수행하는 ‘업무의 특성’ 때문에 일반적으로 의료인의 범죄는 일반인의 범죄보다 심각한 문제로 인식된다. 즉 의료인은 개인에게 발생하는 건강문제를 해결하는 주체다. 그러나 의료행위에는 신체에 직접적인 침습행위가 수반된다. 그래서 고도의 전문성이 요구되는 의료행위는 방대한 지식과 오랜 기간의 임상경험을 통해 습득한 의료기술을 국가시험이라는 엄격한 기준을 통과해야만 수행할 수 있다. 또한 의료행위를 수행하면서 수집된 수많은 정보를 의료인이 독점하게 된다. 그 결과 대부분의 환

\* 논문접수: 2021. 8. 31. \* 심사개시: 2021. 9. 7. \* 게재확정: 2021. 9. 24.

\* 건강보험시사평가원 부연구위원, 법학박사(xkr103@gmail.com).

\* 이 글은 필자 개인의 의견으로 필자가 소속된 기관을 포함하여 관련 기관 어느 곳의 입장도 아님을 밝힌다.

#### 4 권오탁

자는 의료인의 의견에 종속된다.<sup>1)</sup> 이처럼 자신의 신체에 침습적인 행위가 동반되는 의료행위가 가능한 것은 의료인에 대한 ‘신뢰’가 전제되기 때문이다. 즉 의료인은 자신에게 발생한 건강 문제를 해결할 수 있는 의료기술을 보유했을 뿐만 아니라 그 행위를 통해 자신에게 위해(危害)한 상황을 만들지 않을 것이라는 신뢰가 전제된다. 그리고 의료인이 보유한 의료기술과 신뢰는 의료행위의 정당성을 확보하는 중요한 상황요인이 된다. 따라서 의료인이 의료행위를 수행할 수 있는 기능을 상실하거나 또는 신뢰관계를 유지하지 못할 경우에는 독점적인 지위를 유지할 명분도 상실하게 된다. 이러한 관점에서 의료인의 면허제한 논쟁은 부여된 의료인의 독점적 지위의 적정성에 대한 논쟁으로 이해할 수 있다.

이 글에서는 의료인의 면허제한을 두 가지 측면에서 검토한다. 첫 번째는 실체법적으로 현행 의료인의 면허제한 요건이 기능적·윤리적 측면에서 의료인의 독점적 지위의 적정성을 판단하는 기준으로 합당한지 검토한다. 특히 최근 의료인의 결격사유와 면허취소 사유를 확대하기 위해 발의된 「의료법」 개정안을 중심으로 면허제한 범위 확대가 의료인의 기본권을 제한하는지 검토한다. 두 번째는 절차법적으로 의료인의 면허제도 운영 방식이 적정한지 검토한다. 왜냐하면 의료행위는 고도의 전문성이 요구된다는 점에서 의료인으로서의 기능 보유 및 기능 상실에 대한 판단은 전문성에 근거해야 한다. 따라서 현재 의료인의 면허를 제한하기 위한 과정에서 의료인으로서의 기능을 전문성에 근거하여 심사하는 과정이 있는지 그리고 그 방식이 적절한지 검토가 필요하다.

구체적인 검토에 앞서 현행 「의료법」에 규정된 의료인의 면허관리체계를 살펴보고 최근 발의된 「의료법」 개정안의 내용을 쟁점별로 검토한다.

---

1) 이러한 상황은 건강이란 재화의 특수성, 정보의 비대칭성 및 의료의 권력화 가능성 등 건강의 사회성으로부터 기인하는 문제이다. 자세한 내용은 권오탁, 「국민건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 과제와 개선방안: 헌법적 쟁점을 중심으로」, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2016, 15면 이하 참조.

## II. 의료인의 면허관리 체계와 문제점

### 1. 의료인의 면허관리 체계

#### 가. 면허취득 요건

의료인이 면허를 취득하기 위해서는 관련 분야의 전문교육을 통해 학위를 받고<sup>2)</sup> 국가시험에 합격해야 한다.<sup>3)</sup> 이처럼 의료인에게 엄격한 면허조건을 요구하는 것은 의료행위가 인간의 생명을 대상으로 직접적인 침습행위를 수반하는 행위이기 때문이다. 따라서 의료행위는 의료인만 할 수 있고, 뿐만 아니라 자신에게 허가된 면허 이외의 의료행위는 할 수 없다.<sup>4)</sup> 또한 의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산사·간호사의 명칭도 사용할 수 없다.<sup>5)</sup>

#### 나. 면허제한 사유

의료인의 면허는 두 가지 경우에 제한된다. 첫 번째는 의료인의 자격요건을 갖추지 못한 경우로 면허발급 시점에 면허대상자가 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」에 따른 정신질환자나 마약·대마·향정신성의약품 중독자, 피성년후견인·피한정후견인인 경우이다.<sup>6)</sup> 두 번째는 정당하게 취득한 면허가 이후 하자로 인해 그 효력이 제한되는 경우이다. 사후적으로 정당하게 취득한 면허의 효력을 제한하는 경우는 면허취소와 면허정지사유

2) 의료법 제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허), 제7조(간호사 면허).

3) 의료법 제9조(국가시험 등).

4) 의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

5) 의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ② 의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사 명칭이나 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.

6) 의료법 제8조(결격사유 등) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 의료인이 될 수 없다.

1. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제3조제1호에 따른 정신질환자. 다만, 전문의가 의료인으로서 적합하다고 인정하는 사람은 그러하지 아니하다.
2. 마약·대마·향정신성의약품 중독자
3. 피성년후견인·피한정후견인

로 구분된다.

「의료법」 제65조제1항에서 규정하고 있는 면허취소 사유는 의료인이 정당하게 면허를 취득한 이후에 의료인의 자격요건을 유지하지 못하는 경우와 의료행위를 수행하면서 허위진단서 작성 및 의료관련 법령을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 진행 중인 경우<sup>7)</sup>, 면허정지 처분 기간 중에 의료행위를 하거나 또는 3회 이상 자격 정지 처분을 받은 경우, 면허조건을 이행하지 않은 경우, 면허를 대여한 경우, 일회용 의료기기 재사용으로 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 한 경우 그리고 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취를 의료인 아닌 자에게 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외로 하게 한 경우에 해당한다.

「의료법」 제66조제1항에서 규정하고 있는 면허정지 사유로는 9가지 경우로 구분되는데 첫째, 의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때, 둘째, 의료기관 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 때, 셋째, 일회용 의료기기를 다시 사용한 경우, 넷째, 진단서·검안서 또는 증명서를 거짓으로 작성하여 내주거나 진료기록부 등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정한 때, 다섯째, 태아 성 감별을 목적으로 임부를 진찰하거나 검사하고 그 사실을 임신 32주 이전에 알게 한 경우, 여섯째, 의료기사가 아닌 자에게 의료기사의 업무를 하게 하거나 의료기사에게 그 업무 범위를 벗어나게 한 경우, 일곱 번째, 관련 서류를 위조·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 경우, 여덟 번째, 리베이트 등 부당한 경제적 이익 등을 제공받을 경우 그리고 그 외 법령을 위반한 때로 규정하고 있다.

---

7) 의료법 제8조(결격사유 등) 4. 이 법 또는 「형법」 제233조(허위진단서등의 작성), 제234조(위조사문서등의 행사), 제269조(낙태), 제270조(의사등의 낙태, 부동의낙태), 제317조제1항(업무상비밀누설) 및 제347조((사기)허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관이나 단체를 속인 경우만을 말한다), 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」, 「지역보건법」, 「후천성면역결핍증 예방법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」, 「시체 해부 및 보존 등에 관한 법률」, 「혈액관리법」, 「마약류관리에 관한 법률」, 「약사법」, 「모자보건법」, 그 밖에 대통령령으로 정하는 의료 관련 법령을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자.

### 다. 면허발급·취소·정지 절차

의료인의 면허 발급과 제한은 행정청의 행정행위로 법률효과가 발생한다. 의료인의 면허를 주관하는 행정청인 보건복지부장관은 면허취소 또는 면허정지 사유가 발생할 경우 의료인의 면허를 취소나 정지할 수 있다. 또한 의료인이 그 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때에는 각 중앙회의 장은 중앙회의 윤리위원회의 심의·의결을 거쳐 보건복지부장관에게 자격정지 처분을 요구할 수 있다.<sup>8)</sup>

## 2. 의료인의 면허관리 체계의 문제점

의료인의 면허제한은 의료인의 기능적인 측면과 도덕적·윤리적인 측면 즉, 의료인이 의료행위를 적절히 수행하여 환자에게 발생한 건강문제를 해결할 수 있는 기능을 보유했는지 그리고 환자와의 신뢰관계를 형성·유지하기에 적합한지를 확인할 수 있는 기준으로 판단되어야 한다. 의료인의 면허제한 사유를 기능적인 측면에서 살펴보면, 현행 「의료법」에서는 의료인이 되려는 자 또는 의료인의 심신장애 유무를 판단하는 정도만 확인하고 있어 의료행위를 수행하면서 동일한 악결과를 반복적으로 발생시켜 의료인으로서의 기능을 보유했는지 의심이 드는 경우에도 의료인 자격을 제한할 수 없다는 것이 문제점으로 제기될 수 있다. 신뢰관계의 측면에서도 의료인의 의료행위가 생명을 대상으로 한다는 점을 고려할 때 일반인들 또는 변호사나 회계사 등 많은 전문 직종에게 요구되는 사회적·윤리적 기준보다 강한 신뢰관계 형성이 필요함에도 불구하고 일반적으로 전문가집단에게 적용되는 것보다 낮은 수준의 윤리 기준이 적용되고 있다는 것이다. 따라서 강력범죄 또는 중범죄를 저지른 의료인임에도 의료행위를 용인할 수밖에 없는 구조이다. 즉, 현행 「의료법」의 면허제한 규정으로는 의료행위 중 성폭력 또는 살인을 저지른 경우라도 의료인의 면허를 제

---

8) 제66조의2(중앙회의 자격정지 처분 요구 등).

한할 수 없다는 것이 문제점으로 제기되고 있다.

### III. 의료법 개정안 검토

#### 1. 개정안의 내용과 쟁점

일회용 주사기 재사용으로 인한 C형 간염 집단감염 사건인 ‘다나의원 사건’<sup>9)</sup>, 마취제 오염으로 인한 C형 간염 집단 감염 사건인 ‘원주 마취제 오염 사건’<sup>10)</sup>, 수면내시경 환자를 성추행한 ‘서울 대형병원 건강검진센터 성추행 사건’<sup>11)</sup>, 산부인과 마취환자 성추행 사건<sup>12)</sup> 女환자 민감부위 평가 및 부적절한 발언을 한 성추행 사건<sup>13)</sup> 등 의료인의 범죄가 사회적 문제로 대두되면서 의료인의 자격과 지위에 대한 논란이 지속되고 있다. 이에 2020년부터 2021년 초까지 「의료법」의 의료인 면허제도를 개선하려고 하는 9건의 법률개정안이 발

---

9) ‘다나의원 사건’은 서울 양천구 소재 다나의원에서 C형 간염이 집단적으로 발생해 보건당국에서 원인을 조사한 결과, 이 병원 개원 당시인 지난 2008년부터 지금까지 일회용 주사기를 반복 사용했을 사실이 드러난 것이다. 지금까지 다나의원을 내원한 환자 787명을 조사한 결과, 이 병원에서 C형 간염 감염자 78명이 발생했고 이외에도 매독 항체 양성반응 4건, 말라리아 항체 양성 18건, B형 간염 양성반응 23건, 바이러스 감염 55건이 발생한 사건. 의사신문, [2015 의료계 결산] 다나의원서 C형 간염 집단 발생...면허관리 이슈, 2015.12.18 기사.

10) 자신의 혈액을 추출하여 재사용하는 자가혈주사(PRP) 시술 시 사용하는 국소마취제인 리도카인(Lidocaine)을 섞는 과정에서 자가혈이 들어있는 주사기를 직접 국소마취제가 든 병에 꽂아서 내부 공기압이 낮아져 오염물질이 마취제 병 내부로 유입되면서 오염된 마취제가 여러 환자에게 투약되어 316명의 환자가 C형 간염에 감염된 사건. 경향신문, “원주 C형 간염 주사 재사용 아닌 마취제 오염 가능성” 2016.3.11. 기사.

11) 서울 강남 모 의료재단 병원 건강검진센터에서 내시경 검진 중 수면 상태인 환자를 성추행한 혐의(준유사강간)로 담당의사가 구속기소된 사건. 연합뉴스, “폭행·추행·난동·사기... 히포크라테스 선서 찢어버린 의사들(종합)”, 2016.4.28. 기사.

12) 산부인과 인턴이 마취된 상태에서 수술대기 중인 환자의 신체 부위를 지속적으로 만진 사건. 산부인과 마취환자 성추행에 ‘공분’...논란의 ‘수술실 CCTV’, 실현되나 아시아경제, 2021.1.9. 기사.

13) 건강검진 자궁경부암 검사 과정에서 의사가 여성 환자의 민감 부위에 대한 평가와 발언을 지속적으로 하여 환자에게 수치심을 줬다는 이유에서 경찰에 고소된 사건. 파이낸셜뉴스 “산부인과 검진하며 女환자에 부적절 발언한 의사” 2021.6.28. 기사.

의되었다.<sup>14)</sup>

2020년부터 2021년 초까지 발의된 9건의 「의료법」 개정안의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 의료인의 결격사유를 확대하는 것으로 현행 의료관계법률을 위반하여 금고이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자는 의료인이 될 수 없도록 규정한 「의료법」 제8조제4호의 범위를 모든 범죄로 확대하는 것을 내용으로 한다. 의료인의 결격사유 확대는 「의료법」 제65조제1항제1호에도 해당하기 때문에 면허취소사유가 되기도 한다. 둘째, 영구적 면허취소 도입과 관련한 것으로 면허를 재교부 받은 의료인이 면허취소사유에 해당하는 행위를 하면 면허를 취소하고 재교부를 영구적으로 금지하는 것을 내용으로 한다.<sup>15)</sup> 셋째, 면허취소·정지 사유를 강화하는 것으로 현재 허가(또는 신고)받지 않은 주사제 사용, 진단서(또는 검안서, 증명서) 거짓 작성 및 교부, 진료기록부 거짓 작성, 환자의 서면 동의 없이 수술 등에 참여하는 주된 의사 변경 또는 추가, 진료 중 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄를 범하여 형 또는 치료감호를 선고받은 경우는 면허정지에서 면허취소 사유로, 의료인이 아닌 자로 하여금 의료행위를 하게 한 경우는 사안에 따라 면허정지·면허취소에서 사안과 관계없이 면허취소 사유로, 의료행위와 관련하여 업무상 과실치사상으로 벌금형(금고형) 선고받은 경우에는 면허제한 규정이 없었으나 면허정지 사유로 그 범위를 확대하는 것이다. 넷째 의료인이 면허취소·자격정지 등 「의료법」에 따른 면허제한처분을 받은 경우 해당 의료인의 성명, 위반사항, 처분내용 등을 공표할 수 있는 근거를 신설하는 것이다.<sup>16)</sup>

14) 2020.6.22.일 권철승 의원의 의료법 일부개정안(의안번호 2100833, 2104359) 발의 후, 2021.2.2. 고영인 의원의 의료법 일부개정안(의안번호 2107851)까지 강병원 의원(의안번호 2104320), 강선우 의원(의안번호 2103138), 곽상도 의원(의안번호 2107698), 김상희 의원(의안번호 2101821) 박주민 의원(의안번호 2101824), 이용우 의원(의안번호 2106548)이 9건의 의료법 일부개정안이 의료인의 면허제한과 관련되어 발의된 법률개정안이었다.

15) 현행 「의료법」 제65조는 면허취소 처분을 받은 경우라도 취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되면 면허를 재교부할 수 있다.

의료인의 면허제한을 내용으로 한 「의료법」 개정안의 핵심쟁점은 첫째, 의료인이 되고자 하는 자의 결격사유와 의료인의 면허취소 사유인 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 범죄의 범위를 ‘모든 범죄’로 확대한다는 점이다. 따라서 ‘모든 범죄’를 의료인의 결격사유 및 면허취소 사유로 확대하는 것이 의료인이 되고자 하는 자 또는 의료인의 직업의 자유를 제한하는지가 중요한 쟁점이 된다. 두 번째 쟁점은 의료인이 업무상과실로 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 경우에도 면허제한 사유로 하는 것이 합리적인지에 대한 것이다. 이러한 논쟁이 발생하는 이유는 의료행위가 언제나 악결과를 동반할 수 있는 위험성을 내포하고 있기 때문이다. 따라서 법원의 판단과는 다른 별도의 행정처분인 면허제한을 위해서는 전문성에 기반한 심사가 필요하다는 점에서 현행 의료인의 면허제한 처분 절차에 대한 논쟁이 발생한다. 이것이 세 번째 쟁점이다.

## 2. 쟁점사항 검토

### 가. 의료인의 면허제한 범위 확대에 의한 기본권 제한 가능성

현행 「의료법」 제8조에서는 의료인에 대한 결격사유를 규정하고 있다. 결격사유란 특별한 자격을 획득하기 위한 조건을 갖췄는지 판단하는 기준이며 그 조건은 적절한 의료행위를 수행할 수 있는지에 초점이 맞춰져야 한다. 이러한 관점에서 현행 「의료법」 제8조 제4호에 해당하는 낙태, 허위진단서 작성 및 의료관련법령을 위반하여 ‘금고 이상의 실형’을 선고받고 그 형이 종료되지 않은 경우를 ‘모든 범죄’로 범위를 확대하는 것이 바람직한지가 쟁점이 된다.

결격사유의 범위를 확대하는 것은 국민의 기본권인 직업선택의 자유를 제한하는 것이기 때문에 그 취지와 범위 등의 특수성을 고려해야하고 그 범위는 가능하면 최소화해야 한다. 따라서 의료인의 결격사유를 ‘금고 이상의 실형’을

---

16) 의료법 개정법률안의 쟁점에 대한 논의의 자세한 내용은 2021년 2월 19일, 제384회 국회(임시회) 제1차 보건복지위원회 검토보고서 및 보건복지위원회회의록 내용 참고(국회의안정보시스템 [https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_V2K0N1T2R1R1N1D6T5A6T2T7U4B8C1](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_V2K0N1T2R1R1N1D6T5A6T2T7U4B8C1)).



신고받은 ‘모든 범죄’로 확대하는 것이 기본권 제한 원칙에 부합하는지 검토가 필요하다. 즉, 의료인의 결격사유를 확대하기 위해서는 기본권 제한의 필요성과 비례성이 인정될 수 있어야 한다.

### (1) 목적의 정당성·수단의 적절성

의료인과 환자는 건강문제 해결이라는 공동의 목적을 달성하기 위해 협력해야 한다. 그러나 의료행위가 고도의 전문성이 요구되는 영역이기 때문에 환자는 의료인의 의견에 종속될 수밖에 없다. 결국 환자는 의료인에 대한 신뢰를 기반으로 진료를 받을 수 있어야 한다는 점에서 의료인에게 요구되는 도덕성과 윤리성의 정도는 타 직종과 비교하여 높게 형성될 필요가 있다. 또한 국가의 입장에서는 의료인에 대한 국민의 신뢰가 유지되고 건전한 의료 환경이 조성될 때 국민건강보장 의무를 안정적으로 실현할 수 있다. 그러나 ‘금고 이상의 실형’을 선고 받은 의료인의 경우 공동체의 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적 의무를 저버린 중대범죄자이며 중대범죄자인 해당 의료인과 환자간의 신뢰관계는 약해질 개연성이 크다. 이는 종국적으로 전체 의료인에 대한 신뢰저하로 이어져 국가의 국민건강보호의무 실현에 부정적인 요인으로 작용하게 된다.<sup>17)</sup> 따라서 ‘금고 이상의 실형’을 선고 받은 중대범죄에 대한 의료인의 자격제한은 의료인에 대한 신뢰확보와 국가의 국민건강보호 의무의 실행이라는 공익의 측면에서 정당한 목적과 적절한 수단이라고 볼 수 있다.

### (2) 침해의 최소성

‘모든 범죄’를 의료인의 자격제한과 면허취소 사유로 확대하는 것이 과도한 기본권 제한인지에 대한 판단이 필요하다. 이에 대해서는 의견이 대립된다.

찬성하는 입장에서는 이미 판사, 국회의원, 변호사, 회계사, 변리사 등 많은

---

17) 헌법재판소도 의료인과 환자 간의 신뢰관계 형성은 국가의 국민건강보호 의무 실현의 중요한 수단으로 이해하고 있다. 헌재 2020. 4. 23. 선고 2019헌마118·171·176(병합) 결정 참조.

전문 직군뿐만 아니라 공인중개사, 요양보호사 등의 경우에도 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 경우 자격이 취소되고 있다는 점과 생명을 다루는 의료인의 경우 고도의 전문성뿐만 아니라 높은 수준의 도덕성·윤리성이 요구된다는 점을 강조한다. 또한 ‘금고 이상의 실형’은 기본권을 제한하는 중대한 범죄자에게 내려지는 형사적 제재라는 점을 강조한다. 즉 법원은 형의 선고 시 해당 범죄의 죄질과 보호법익, 국민의 법감정과 가치관 등을 종합적으로 고려하기 때문에 ‘금고 이상의 실형’은 가벼운 죄질의 범죄가 아니며 따라서 이 기준을 근거로 의료인의 면허를 제한하는 것은 타당하다는 것이다.<sup>18)</sup>

반면 반대하는 입장은 ‘금고 이상의 실형’이라는 광범위한 기준으로 요양급여 기준 또는 의료인의 집단행위나 진료개신명령을 위반한 경우 등에도 ‘금고 이상의 실형’을 선고함으로써 의료인의 정당한 직업 수행의 자유를 박탈하고 또한 동일한 사안에 대해 형사처벌과 면허제한처분을 동시에 하는 것은 가중처벌과 동일한 결과를 초래하며, 규범적으로 면허제한 범위를 의료행위와 직접적인 연관성이 없는 모든 범죄로 확대할 경우 즉, 「집회 및 시위에 관한 법률」, 「도로교통법」 등의 법률위반의 경우에도 의료인으로서의 자유가 상실되기 때문에 그 범위가 포괄적이고 구체적이지 않다는 것이다.<sup>19)</sup>

침해의 최소성을 판단하기 위해서는 다음과 같은 내용의 검토가 선행되어야 한다. 첫째, 의료인의 업무특성에 대한 검토가 필요하다. 즉 의료인은 인간의 생명을 대상으로, 방대한 의학적 정보를 독점하면서 고도의 전문적인 업무를 수행한다는 업무 특성을 갖고 있어 환자는 의료인의 의견에 대한 의존도가 강하다. 또한 의료인이 환자를 치료하는 과정에는 마취 등을 통해 환자의 의식을 통제된 상태에서 치료행위를 하는 경우가 많아 의료인의 부당한 행위에 저항할 수 없을 뿐만 아니라 어떠한 의료행위를 했는지 확인하거나 점검할 수 없

18) 더불어민주당 남인순 의원·권미혁 의원(국회 보건복지위원회)·대한변호사협회, “의사의 형사범죄와 면허규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄”(2018년 4월 27일) 발표자료집 참고.

19) 자세한 내용은 “의료인 면허에 대한 과도한 징벌적 규제 법안 전면 재검토하라”, 대한의사협회 성명서(2021.2.19.) 및 대한의사협회, “의료행위의 형벌화와 행정처분의 제문제”, 『의료정책포럼』, 2021, 56-74면 참조.

는 상황에 놓이게 된다. 이러한 의료인의 업무특성을 고려할 때 의료인의 면허 제한 사유를 의료관계법률 위반에 한정하는 것이 바람직한지 의문이다. 왜냐 하면 의료인에 대한 신뢰란 의료행위에서만 형성되는 기대와 믿음을 말하는 것이 아니기 때문이다. 즉, 반사회적 행위, 공동체 질서와 안전을 침해하는 행위, 그 중에서도 국가가 법률로서 범죄로 정하여 금하고 있는 행위는 공동체의 구성원이라면 누구나 지켜야 할 행위이며 이에 대한 위반은 사회적 비난가능성이 크기 때문이다. 따라서 공동체 구성원들의 생명, 신체, 권익을 존중하기 위해 법률로 정해진 범죄행위를 저지른 의료인의 경우, 예컨대 살인, 강도, 사기, 주거침입 등의 범죄를 저지른 의료인에 대한 기대와 믿음이 정상적으로 형성되길 기대하기 어렵고 또한 해당 의료인에게 진료받길 희망하는 환자가 있을지 의문이다. 이러한 이유에서 환자와 신뢰관계를 유지하면서 정상적인 의료행위를 수행하는 것이 어렵다고 보는 것이 합리적인 것이다. 법 기술적으로는 의사와 환자의 신뢰관계를 저해하는 범죄를 법률로 특정하는 방법을 고려해볼 수 있으나 어떤 범죄가 의료인과 환자 그리고 국가의 국민건강보장 의무 실현을 위한 정책의 신뢰를 저해하지 않으며, 어떤 범죄자 범죄를 저질렀음에도 불구하고 해당 의료인을 믿고 진료를 받을 수 있는지 사전에 구분하는 것은 사실상 불가능하다. 왜냐하면 범죄의 사회적 비난가능성과 행위에 수반되는 특성, 행위자의 행동양식, 불법성의 정도 등을 사전에 예측하고 분류하는 것이 가능하지 않기 때문이다.<sup>20)</sup> 따라서 범죄를 특정하지 않은 것이 과도한

20) 이와 관련해서는 헌법재판소의 입장도 구분된다. 수형자의 선거권을 제한하는 규정의 위헌 여부를 판단하는 결정에서는 “범죄자의 선거권을 제한함에 있어 ‘개개 범죄의 종류나 내용, 불법성의 정도 등이 선거권 제한과 어떤 직접적인 연관성을 갖는지’에 관하여 세심히 살펴 지 아니한 채... ‘금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 형의 집행을 마치지 아니한 자’라는 기준을 설정하여 쉽사리 그리고 일률적으로 수형자의 선거권을 제한하였다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 최소성의 원칙에 위반하였다”는 의견과 동일한 사안에서 “이 법률 조항에 따른 선거권 제한의 기간은 모든 수형자에게 일률적인 것이 아니라 각 수형자가 선고받은 형량, 즉 형사책임의 경중에 비례한다는 점”을 이유로 비례성의 원칙에 위배되지 않는다는 의견도 있다.(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462 결정) 그러나 실제로 형벌을 규정하고 있는 600여 개가 넘는 법률의 내용을 확인하여 범죄자의 직무관련성을 연계하여 분류하고 해당 범죄자의 정도에 따라 이를 개별적으로 판단하는 것이 가능한지 의문이다. 이에 대해 헌법재판소도 같은 의견이다. “공인중개사로서 공정하고 적법한

기본권 제한이라고 보기 어렵다.

둘째, ‘금고 이상의 실형’이 어느 정도 중대한 범죄인지 판단이 필요하다. 「형법」 제41조에서는 형의 종류를 9가지로 구분하고 있으며 이중 ‘금고 이상의 실형’은 세 번째로 무거운 형별로 최소 1개월 이상 30년 이하 또는 무기한 범죄자를 교도소에 구금함으로써 신체의 자유를 포함한 기본권을 제한하는 형벌이다. 따라서 사회적 비난가능성이 큰 경우에 속한다. 또한 「형법」 제51조는 법관이 양형을 정할 때, 범죄자의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행후의 정황 등을 참작해야 한다고 규정함으로써 법률에서 정한 법정형을 기준으로 범죄자의 책임에 상응하는 형량을 선고하도록 하고 있다. 더불어 형량을 결정함에 있어 법정형의 하한이 정해져 있지 않은 경우에는 ‘선고유예’나 ‘벌금형’ 등을 선고할 수 있는 상황을 고려할 때, 충분한 양형 사유를 고려한 후 ‘금고 이상의 실형’을 선고한 경우에는 그 비난의 정도가 작다고 할 수 없다.<sup>21)</sup> 또한 법원의 선고결과를 보더라도 ‘금고 이상의 실형’의 선고는 일반적인 선고유형이 아니다. 즉, 2010년부터 2019년까지 형사공판사건과 약식사건은 연평균 879,904건 발생하였으나 이 중 1심 판결에서 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 건수는 연평균 52,618건으로 연간 전체 형사사건의 5.98%에 해당하기 때문에 형사사건에서 ‘금고 이상의 실형’을 선

---

업무를 수행하는데 지장을 초래할 가능성이 있는 범죄로 제한하여 등록을 취소하는 방법을 생각해볼 수 있으나, 공인중개사가 저지른 범죄의 종류와 내용에 따라 사회적 비난가능성의 내용과 정도가 다양할 수밖에 없으므로, 그 중에서 향후 공인중개사로서의 공정하고 적법한 업무수행의 준수 여부를 판단 또는 예측할 수 있는 범죄 유형을 추출·분류하는 것 자체가 쉽지 않다(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마1037 참조). 따라서 등록취소사유를 직무관련 범죄로 한정하지 않고 있더라도 그것이 필요 이상의 지나친 제한이라 볼 수 없다.”(헌재 2019. 2. 28. 2016헌바467 결정; 헌재 2020. 5. 27. 2018헌바264 결정 참조.)

21) 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462 전원재판부 결정에서는 이와 관련해서 다음과 같이 기술하고 있다. “금고형은 적어도 1월 이상 범죄자를 교도소에 구금함으로써 신체의 자유 등 기본권에 중대한 제한을 가하는 형으로서 선거권 및 피선거권 등의 제한을 내용을 하는 자격상실형 또는 자격정지형보다 중하다 할 것이다. ... 이는 형사소송절차를 거쳐 ‘금고 이상의 형’이 선고되었다면, 죄명이나 범죄의 성격, 직무관련범죄인지, 과실범인지 여부를 불문하고 사회적 비난가능성이 중대하다는 점을 고려한 것이라 할 것이다.”; 유사한 취지의 헌법재판소 결정으로는 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997 결정, 헌재 2019. 9. 26. 2018헌바 111 결정 참조.

고 받는 비중은 크지 않다. 따라서 이러한 수치를 보더라도 ‘금고 이상의 실형’을 선고하는 것은 흔한 선고유형이라고 보기 어렵다. 그럼에도 ‘금고 이상의 실형’이 선고된 경우에는 해당 범죄를 저지른 당사자에 대한 사회적인 비난가능성이 그만큼 크다는 것을 추정할 수 있다.<sup>22)</sup>

### (3) 법익의 균형성

의료인에게 요구되는 도덕성과 윤리적 의무는 비단 의료행위에서 발생하는 범죄에 한정된다고 할 수 없다. 예컨대, 살인과 같은 강력범죄뿐만 아니라 폭력범죄, 재산범죄, 교통범죄 등 국가공동체가 안전하게 생활하기 위해 금지한 행위를 한 의료인에게 그 경중을 따져 국가와 일정 기간 격리시킬 정도로 비난가능성이 큰 경우에는 해당 의료인에 대한 사회적 신뢰 저하는 환자가 해당 의료인이 수행하는 의료행위의 신뢰를 저하시키는 중요한 원인이 될 수 있다. 또한 만일 이러한 의료인이 계속적으로 의료현장에서 진료행위를 수행하는 경우 전체 의료인에 대한 공공의 신뢰는 약해질 것이다. 따라서 공동체의 안녕과 질서

22) 통계자료를 분석한 결과 형사사건은 매년 감소하고 있으나 1심 판결에서 금고이상의 실형을 선고받는 비중은 증가하고 있는 것으로 나타났다. 이는 전체적인 범죄는 줄어들었으나 그에 비해 비난가능성이 큰 범죄는 증가하고 있다는 것을 확인할 수 있었다.

<연간 형사사건 수 및 ‘금고 이상의 실형’ 수>

|           | 연간 형사공판사건 및 약식사건 처리 건수 | 1심에서 ‘금고이상의 실형’을 선고받은 사건 | 비중(%)       |
|-----------|------------------------|--------------------------|-------------|
| 2010년     | 1,119,784              | 44,014                   | 3.93        |
| 2011년     | 993,933                | 42,685                   | 4.29        |
| 2012년     | 974,697                | 41,891                   | 4.30        |
| 2013년     | 899,761                | 44,912                   | 4.99        |
| 2014년     | 836,910                | 51,774                   | 6.19        |
| 2015년     | 828,580                | 56,131                   | 6.77        |
| 2016년     | 879,644                | 61,519                   | 6.99        |
| 2017년     | 814,691                | 60,279                   | 7.40        |
| 2018년     | 730,185                | 59,840                   | 8.20        |
| 2019년     | 720,852                | 63,134                   | 8.76        |
| <b>평균</b> | <b>879,904</b>         | <b>52,618</b>            | <b>5.98</b> |

출처: 범죄와 형사사법 통계정보(<https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do>) 및 연도별 사법연감 자료 재구성.

유지를 위해서 법률에서 범죄로 규정한 금지행위를 위반하여 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 의료인에 대한 기본권 제한은, 그로 인해 발생하는 개인의 불이익이 국가 및 공동체의 신뢰확보라는 공익의 이익과 비교하여 크다고 보기 어렵다.

### 나. 의료인의 업무상과실에 대한 면허제한의 적정성

의료인의 면허제한 범위를 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 ‘모든 범죄’로 확대한다고 하더라도 어떤 형식으로 면허를 제한할 것인지는 또 다른 문제이다. 왜냐하면 형사사건에 의한 법원의 판단에도 불구하고 면허는 기본적으로 행정청의 행정행위라는 점에서 별도의 판단이 가능하기 때문이다.<sup>23)</sup>

현행 「의료법」에 따르면 의료인의 면허제한 형태는 필수적 면허취소, 임의적 면허취소, 임의적 면허정지로 구분하고 있으며 ‘금고 이상의 실형’을 선고 받은 경우에는 필수적 면허취소 사유에 해당한다. 따라서 필수적 면허취소 사유를 ‘모든 범죄’로 확대할 경우, 의료인이 ‘업무상과실’로 인해 ‘금고 이상의 실형’을 받은 경우에도 필수적 면허취소 사유로 보는 것이 타당한지가 쟁점이 될 수 있다.

#### (1) 의료행위의 결과 예측 가능성

의료행위는 신체에 대한 침습행위가 전제된다. 또한 의료행위의 대상인 환자의 상태와 의료기관의 시설·장비 등, 의료행위를 할 수 있는 의료기관의 상황이 다르기 때문에 이를 동일한 기준으로 판단할 수 없다. 더군다나 건강문제

---

23) 주취 중 운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 이를 위반한 때에는 운전면허를 필요적으로 취소하도록 규정하고 있는 도로교통법이 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부를 판단한 헌법재판소는 “운전면허 취소처분은 형법상에 규정된 형(刑)이 아니고, 그 절차도 일반 형사소송절차와는 다를 뿐만 아니라, 주취 중 운전금지라는 행정상 의무의 준재를 전제하면서 그 이행을 확보하기 위해 마련된 수단이라는 점에서 형벌과는 다른 목적과 기능을 가지고 있다고 할 것이므로, 운전면허 취소처분을 이중처벌금지원칙에서 말하는 ‘처벌’로 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 이중처벌금지원칙에 위반되지 아니한다.”고 판시하였다. 자세한 내용은 헌재 2010. 3. 25. 2009헌바83 결정 참조.

를 해결할 수 있는 의료기술은 완벽하지 않고 계속 발전하고 있어 임상기술을 오랜 기간 동안 습득하는 과정을 거쳤다고 하더라도 예측불가능한 상황이 존재하기 마련이다. 결국 의료행위는 현재의 의학수준에서 가능한 의학적 처치를 모두 수행했음에도 불구하고 나타날 수 있는 불운 또는 회피 불가능한 상황이 발생할 개연성이 항상 존재한다. 따라서 의료행위에서는 의료인의 전문지식과 환자의 상태 등을 종합적으로 고려하고 합리적인 치료방법을 선택하여 치료했음에도 불구하고 악결과가 나타날 수 있다는 점에서 의료인의 업무인 의료행위로 인해 발생할 수 있는 결과에 대한 예측 가능성은 일반적인 업무의 결과에 대한 예측 가능성과 동일할 수 없다.

## (2) 업무상과실에 대한 비난 가능성과 면허제한의 필요성

의료인의 업무상과실 책임은 건강문제 해결을 위한 주의의무를 다하지 못함으로써 발생하는 악결과에 대한 책임이기 때문에 법률에 근거한 형사법적인 제재는 내려질 수 있다. 그럼에도 불구하고 의료행위는 기본적으로 환자의 생명을 살리기 위한 행위이다. 때문에 고의적으로 악결과의 발생을 의도할 것이라는 가정을 일반적인 상황으로 고려할 수 없다. 또한 고의성이 없는 의료행위를 통해 발생한 악결과를 이유로 의료인으로서의 기능이 상실했다고 단정할 수도 없다. 결국 의료행위와 관련된 업무상과실의 경우 고의성이 없어 비난 가능성이 낮고 그 자체만으로는 의료인으로서의 기능을 상실했다고 볼 수 없다. 반면 의료행위에 대한 고의성을 인정할 수 없는 상황이라 해도 반복적으로 동일한 악결과가 나타날 경우에는 의료인으로서의 정상적인 기능을 수행하고 있다고 보기 어렵다.<sup>24)</sup> 따라서 이 경우에는 형사법적 제재가 없더라도 의료인의 면허를 제한할 필요가 있다. 결국 의료인의 업무상과실에 대한 형사법적인 판

24) 가수 고(故) 신혜철씨의 사망사건의 주치의는 해당 사건이전에도 수술과정에서의 문제로 인해 4건의 사망사건이 있었던 것으로 확인되었다. MBC 뉴스데스크 보도 “사망환자 더 있는데... 신혜철 집도이는 ‘아직도 수술 중’”, 2018. 1.29 ([https://imnews.imbc.com/replay/2018/nwdesk/article/4513295\\_30181.html](https://imnews.imbc.com/replay/2018/nwdesk/article/4513295_30181.html)).

단과 별도로 의료행위 중 발생한 악결과에 대한 판단은 의료인의 기능적인 측면에서 별도의 검토가 필요하다. 만일 업무상과실에 대한 면허제한을 여지(餘地)없이 필요적 면허취소사유로 확정한다면 의료인의 입장에서는 업무상과실로 인한 형벌과 행정처분에 따른 면허취소처분이 내려질 수 있는 위험성이 큰 의료행위를 피하게 될 것이며, 이는 궁극적으로 환자에게는 건강회복의 기회를 상실시킬 뿐만 아니라 의학기술의 발전을 저해하는 원인이 될 것이기 때문에 바람직하지 않다.<sup>25)</sup> 따라서 업무상과실로 인해 ‘금고 이상의 실형’을 선고 받은 경우에는 해당 의료인의 기능적인 측면에 대한 심의를 통해 필수적 면허취소뿐만 아니라 임의적 면허취소 또는 면허정지처분 등 면허제한의 정도를 결정할 수 있는 절차가 마련될 필요가 있다.

### (3) 업무상과실에 대한 면허제한 기준

의사의 업무상 과실로 인한 면허제한 기준은 해당 의료인이 기능적으로 의료행위를 지속해서 수행하는 것이 적합한지, 또한 해당 의료인의 의학적 상식이나 수준이 현재 의료계에서 인정하는 일반적인 의료적 지식이나 근거에 입각한 것인지를 기준으로 판단할 필요가 있다. 즉, 해당 의료인의 주의의무 위반의 정도가 크더라도 정당한 의료행위를 수행할 수 있는 기능과 일반적인 수준의 의학지식을 보유한 경우라면 두 번의 실수가 되풀이 되지 않을 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 면허제한의 정도가 클 필요가 없다. 그러나 만일 해당 의료인에게 의료행위를 지속적으로 수행하지 못할 만큼의 기능적 하자가 발생하는 경우, 예컨대, 동일한 의료행위로 악결과가 지속적으로 발생하거나 또는 일반적으로 의료계에서 통용되지 않는 의학지식을 기반으로 의료행위를 지속할 개연성이 있는 경우에는 동료집단의 판단으로 업무상 과실이라도 면허

25) 의료인의 업무상과실에 대한 행정처분이 의료인의 위험책임 또는 위험창출 행위 자체를 자제하거나 회피할 수 있어 중환자에 대한 진료가 위축될 수 있고 이는 국민의 건강보장실현의 장애요인으로 작용할 수 있다는 의견도 있다. 자세한 내용은 김성은, “의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항”, 의료법학(제19권 1호), 대한의료법학회, 2018, 135면 이하, 이상돈·김나경, 의료법 강의, 법문사, 2014, 155면 이하 참조.



취소처분이 가능할 것이다. 다만 이러한 내용은 의료계의 전문적인 판단에 기초해야 한다는 점에서 구체적인 기준은 추후 의료계 내부적으로 논의를 통해 확정할 필요가 있다.

## 다. 의료인의 면허제한 심의절차의 정당성

### (1) 현행 법률 규정의 면허제한 심의 절차

의료인의 면허제한은 보건복지부장관의 행정처분으로 내려지는 행정행위이다. 따라서 행정청이 국민에게 침익적(侵益的) 행정처분을 할 경우 또는 이해관계가 대립하는 행정처분의 경우에는 「행정절차법」 제22조에 따른 의견청취, 청문, 공청회 등을 통해 당사자나 이해관계자 또는 국민이 참여하여 자신의 권리를 보호할 수 있는 절차를 마련해야 한다. 그런데 의료인에 대한 면허제한의 경우에는 이러한 절차가 미흡하다.

현행 「의료법」에서는 청문절차를 제84조에서 규정하고 있는데 청문의 대상은 면허취소 사유로 한정하고 있어 면허정지사유에 해당하는 경우는 청문 없이 행정처분이 가능하다. 이는 현행 「행정절차법」 제22조에서 청문을 실시해야 하는 경우를 ① 다른 법률에서 규정한 경우, ② 행정청이 필요하다고 인정한 경우, ③ 행정처분에 대해 당사자가 청문을 신청한 경우로 규정하면서 그 사유를 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가 취소로 규정했기 때문이다. 따라서 현행 규정만으로는 의료인의 면허제한 처분에 대한 당사자의 항변(抗辯) 기회가 제한적이다. 그나마 면허제한처분의 적정성과 합리성을 제고하기 위해 보건복지부 소관의 “보건의료인 행정처분심의위원회”를 구성·운영하고 있다.<sup>26)</sup> 그러나 심의대상은 의료인에 대한 면허취소, 면

26) 보건복지부는 “보건의료인 행정처분심의위원회의 설치 및 운영에 관한 예규”를 통해 위원장을 포함한 10인 이상 50인 이내의 위원으로 구성된 위원회를 설치하고 있으나 위원장은 보건복지부의 보건의료정책실장이 되며 위원들은 공무원, 의료인, 약사, 의료기사, 법률전문가, 의료분쟁조정원 위원 등 관련 전문가와 시민단체 추천위원으로 구성하고 있다. 「보건의료인 행정처분심의위원회의 설치 및 운영에 관한 예규」(보건복지부예규 제125호), 제2조.

허정지 처분 중 심의가 필요한 처분과 행정처분에 불복한 의료인 등이 제기한 행정심판 또는 행정소송 진행시 보건복지부장관이 패소하여 재처분되어야 하는 사안 중 심의가 필요한 처분으로 제한하고 있다.<sup>27)</sup> 결과적으로 현행 면허 제한 심의절차는 실질적으로 당사자에게 불리한 행정처분에 대한 방어기회를 적절히 보장하지 않는 구조라는 점에서 개선이 필요하다.

## (2) 의료인의 면허제한을 위한 심의 주체

의료인의 면허제한에 대한 심의 주체는 세 가지 형태로 설계할 수 있다. 첫 번째는 현재와 같이 면허관리 업무를 수행하는 행정청이 주도적으로 심의하는 방식이다. 그러나 의료인의 윤리적·도덕적 책임과 의무에 대한 판단은 일반인의 시각에서 할 수 있으나 의료인의 기능 적합성에 대한 판단은 구체적인 상황을 기준으로 의료 전문가 집단의 집단지성을 전제로 동료평가를 통해 개별 상황을 판단할 수 있어야 한다. 또한 심의과정에서 당사자의 의견을 필요적으로 청취할 수 있도록 제도화해야 한다. 이러한 점에서 현재 보건복지부 소관으로 되어 있는 “보건의료인 행정처분심의위원회”는 인적구성·심의대상·심의절차 등이 보다 공정하고 신뢰할 수 있도록 개선될 필요가 있다.

두 번째는 의료인들에게 면허제한에 대한 심의를 위임하는 방식이다. 현재 많은 전문직종이 면허관리 및 자율규제시스템을 운영하고 있다.<sup>28)</sup> 따라서 종국적으로 의료인들의 경우에도 자율적인 규제시스템을 갖추고 면허제한에 대한 심의를 수행하도록 하는 것이 바람직하다.<sup>29)</sup> 그러나 의료인들에게 자율적

27) 보건의료인 행정처분심의위원회의 설치 및 운영에 관한 예규(보건복지부예규 제125호), 제4조.

28) 미국은 각 주의 의료협회가 의료면허, 진상조사, 징계 등의 권한을 갖고, 영국은 의료인의 직무적합성에 대한 조사 및 면허처분에 대한 권한을 종합의료협의회가 갖는다. 또한 프랑스의 경우 의사회에서 면허 및 징계에 관한 권한을 행사한다. 미국과 영국의 의료단체의 징계권한에 대한 자세한 내용은 하명호, “의료인에 대한 면허자격정지처분의 요건과 절차-부당한 경제적 이익 등의 취득금지를 중심으로-” 안암법학, 안암법학회, 2016, 69면 이하; 프랑스에 대한 자세한 내용은 박정일, “의사에 대한 행정처분과 자율적 규제”, 서울법학(제21권 2호), 2013, 111면 참조.

29) 이와 같은 취지로는 박정일, “의사에 대한 행정처분과 자율적 규제”, 서울법학(제21권 2호),

인 규제시스템을 운영하도록 맡기기 위해서는 의료인에 대한 신뢰와 공정성이 담보되어야 한다. 공정성의 담보는 구체적으로는 조직구성의 공정성과 운영의 공정성으로 구분할 수 있다. 조직구성의 공정성을 위해서는 심의위원회의 구성이 폐쇄적이지 않아야 한다. 따라서 현행 대한의사협회 등 의료인 단체 중앙회별로 구성된 윤리위원회의 구성이 다양화되고 공개될 필요가 있다. 구체적으로 현행 「의료법시행령」 제11조의2에서 규정한 윤리위원회 구성을 의료인과 관련 전문가뿐만 아니라 환자의 입장을 대변할 수 있는 관련자들도 포함될 수 있도록 개선할 필요가 있다.<sup>30)</sup> 운영의 측면에서도 조직구성의 공정성이 중요하다. 왜냐하면 의료인의 자율규제시스템 또는 그 과정이 자칫 직역에 대한 보호나 감싸기 위한 장치로 비춰질 수 있기 때문이다. 즉, 「의료법시행령」 제11조의3에 따른 운영위원회의 의결종족수를 보면 전체 위원 11명 중 7명이 의료인으로 구성되어 있음에도 의결정족수는 재적위원의 3분의 2이상 출석에 출석의원 3분의2이상으로 되어 있어 구조상으로는 공정성을 확보했다고 보기 어려운 구조이다.<sup>31)</sup> 또한 심의 범위도 확대될 필요가 있다. 즉, 의료인들에게 면허제한에 대한 심의를 위임할 경우에는 타 전문직종처럼 모든 면허제한에 대한 심의와 결정이 가능하도록 함으로써 의료인이 전문가로서의 자율성을 확보할 수 있도록 제도화할 필요가 있다. 그러나 이 또한 의료인에 대한 신뢰가 회복될 때 가능할 것이다.

세 번째는 중간 단계로 행정청과 의료인단체에 구속되지 않는 독립적인 기구를 설립하는 것이다. 즉 현행 보건복지부 ‘보건의료인 행정처분심의위원회’는 정부의 통제 하에 형식적으로 운영되고, 관료 중심의 운영체제로 인해 의료 영역에 대한 전문가적인 관점에서 판단이 이뤄지지 않는다는 이유에서 의료인의 신뢰를 받지 못하고 있다.<sup>32)</sup> 그렇다고 의료인에게 심의를 위임하는 것은

2013, 서울시립대학교 법학연구소, 112면 이하; 하명호, “의료인에 대한 면허자격정지처분의 요건과 절차-부당한 경제적 이익 등의 취득금지를 중심으로-”, 안암법학, 안암법학회, 2016, 74면.

30) 의료법 시행령 제11조의2(윤리위원회의 구성).

31) 의료법 시행령 제11조의3(윤리위원회의 운영 등) 제3항.

의료인단체에 대한 신뢰가 크지 않아 어려운 상황이다.<sup>33)</sup> 따라서 독립적인 면허관리 기구를 설립하고 면허발급·관리·제한 등을 심의·의결하도록 함으로써 실질적으로 의료인에 대한 면허제한의 권한을 갖도록 하고 그 의결에 따라 행정청이 행정처분함으로써 공정성을 확보할 필요가 있다.<sup>34)</sup>

의료인의 의료행위가 고도의 전문성이 요구되며 나아가 당시의 의학적 지식과 상황을 종합적으로 고려하여 합리적인 범위에서 의료행위가 이뤄졌음에도 불구하고 악결과가 발생한 경우에는 분쟁이 발생하게 되고 때로는 형법상의 규제뿐만 아니라 행정처분으로서의 면허제한을 받을 수 있다. 이때 면허제한 정도의 판단은 해당 의료인의 의료행위 수행 가능성과 신뢰성이 기준이 되어야 한다. 특히 의료인의 업무상과실에 대한 면허제한의 판단에 있어서는 의료인의 기능에 대한 판단이 중요한 기준이 되어야 한다. 따라서 의료전문가의 입장에서 기능적으로 해당 의료인이 의료행위를 지속적으로 수행할 수 있는 기술과 지식을 갖고 있는지가 심의 대상이 되어야 한다. 이러한 이유에서 전문가 집단인 의료인이 자율적인 면허관리 기능을 통해 전문가로서의 기능을 스스로 찾아갈 수 있어야 한다는 점에서 의료인에게 면허관리의 자율권을 주는 것이 바람직하다. 그러나 현재 의료인에 대한 국민의 신뢰가 높지 않다. 따라서

32) 의료계는 정부의 면허관리운영이 전문가단체에 대한 과도한 통제로 이해하고 있으며 전문가로서의 자율성을 인정해야 한다고 주장하고 있다. 자세한 내용은 홍영표, 의료인 면허제도 관리 개선 방안, 의료정책포럼, 2016, 39면 이하; 대한의사협회, 의료행위의 형벌화와 행정처분의 제문제, 2021, 의료정책포럼, 56면 이하 참조.

33) 현재도 의료법에 의하면 의료인이 보건복지부장관에게 품위를 손상시킨 의료인의 면허정지를 요청할 수 있음에도 불구하고 2013년까지는 단 한건의 면허정지처분을 요청한 사실이 없었다. 자세한 내용은 박정일, “의사에 대한 행정처분과 자율적 규제”, 서울법학(제21권 2호), 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 109면 참조. 이후 2021년 8월 현재 「의료법」 제66조의2에 따른 중앙회의 자격정지 처분요구 건수에 대한 정보공개청구결과(접수번호 8108112) 보건복지부에서는 관련 목록을 생성하지 않는다는 답변을 받았다.

34) 일본의 경우, 후생노동성에 5개의 심의회를 두고 있으며(후생노동성설치법 제6조) 의료인의 면허와 관련된 심의는 의도심의회(醫道審議會)에서 심의하고 있다. 의도심의회는 회원은 후생노동대신이 임명하며 일본지사회장, 일본치과의사회장 그리고 전문가로 구성하고 8개의 분과회를 둔다(의도심의회령). 자세한 내용은 하명호, “의료인에 대한 면허자격정지 처분의 요건과 절차—부당한 경제적 이익 등의 취득금지를 중심으로—”, 안암법학, 안암법학회, 2016, 72면 참조.

일정기간 독립된 면허관리기구 또는 면허심의기구를 설치·운영함으로써 의료인들에 대한 신뢰를 쌓아가면서 자율규제의 실효성을 확인하는 절충기간이 필요해 보인다.

### (3) 의료인의 면허제한을 위한 심의대상 및 절차

‘금고 이상의 실행’을 신고 받으면 필수적 면허취소 사유에 해당하기 때문에 행정청의 별도의 심의 없이 면허취소처분이라는 행정처분을 내릴 수 있다. 다만, 앞에서 검토한 것과 같이 의료인이 ‘업무상과실’로 ‘금고 이상의 실행’을 신고 받은 경우와 임의적 면허취소 및 면허정지 사유에 해당하는 모든 경우를 대상으로 해당 의료인의 항변권을 보장함으로써 면허제한의 적정성 및 면허제한 정도의 정당성을 확보할 필요가 있다.

심의절차는 「행정절차법」의 내용과 「변호사법」 등의 전문직종에 대한 법률에서 규정하고 있는 심의절차를 준용할 수 있을 것이다. 구체적으로 법원의 판결이 있는 경우 그리고 의료인에게 면허제한 사유가 발생한 경우, 환자·환자보호자·의료인 또는 보건복지부 및 관련기관 등의 이해당사자가 별도의 독립된 심의기구에 해당 의료인의 면허제한을 청구할 수 있고 심의청구 시점을 기준으로 심의가 개시되어야 한다. 면허제한 심의청구가 개시되면 위원회는 1개월 이내 심의청구에 대한 개시여부를 청구자에게 통지해야 하며, 심의청구가 개시되면 6개월 이내에 면허제한 여부를 결정해야 한다. 다만 심의기간 중에 해당 의료인에게 진술, 의견제시 등 항변의 기회를 제공해야 하며 전문적인 심의를 진행하기 위한 별도의 분과위원회를 운영할 필요가 있다. 심의결과는 심의위원회의 과반수의 찬성으로 의결하며 의결결과는 보건복지부에 통보하여 행정처분으로 확정한다. 특히 사회적 논란이 발생하여 의료인에 대한 신뢰를 심각하게 저해하는 경우이거나 의학적 안전성에 대한 심도있는 논의가 필요한 경우에는 면허제한 결과가 나오기 전이라도 긴급하게 해당 의료인의 전체 의료행위 또는 특정 의료행위를 중단시킬 수 있는 방안도 고려해야 한다. 예컨대 반복적인 수술을 통해 악결과가 발생한 경우, 해당 의료인에게는 면허제한 결

정이 나오기 전까지 수술행위를 중단시키는 등의 긴급한 조치가 도입될 필요가 있다.<sup>35)</sup> 다만, 이처럼 긴급 의료행위 중단사유에는 의료행위와 관련된 문제로 분야를 한정시킬 필요가 있으며 최종적인 판단은 심의결과로 확정해야 할 것이다.

#### IV. 나가며

건강상의 문제 해결을 위한 의료인의 역할은 건강상태가 위급할수록 절대적이다. 따라서 환자와 의료인은 평등한 관계일 수 없다. 또한 환자는 의료인에게 자신의 건강문제 해결을 위해 무의식의 상태에서 자신의 신체에 직접적인 침해행위를 할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 의료인이 자신에게 해로운 행위를 하지 않을 것이라는 신뢰가 전제된다. 그리고 대부분의 의료인들은 이러한 신뢰를 저버리지 않고 최선의 진료를 통해 환자가 건강하게 회복될 수 있도록 노력한다. 이러한 신뢰는 의료행위의 근간이며 또한 시작이다. 최근 잇따라 벌어진 의료인의 범죄행위를 보다 엄격하게 처벌하고 의료인 스스로 배척해야 하는 이유가 여기에 있다.

최근 「의료법」 상 의료인의 결격사유와 면허취소사유를 확대하려는 법률개정안이 잇따라 발의되면서, 이는 의료인에 대한 과도한 기본권 제한이라는 주장과 합리적인 기본권 제한이라는 주장이 상충되고 있다. 이러한 논쟁은 의료인들의 불법과 일탈이 자주 사회문제로 제기되면서 의료인에 대한 신뢰성, 도덕성, 윤리성의 기준을 높여야 한다는 인식에서 출발하고 있다. 그러나 의료인의 도덕성, 윤리성에 대한 관점뿐만 아니라 의료인으로서의 기능을 충실히 수행할 수 있을지에 대한 관점에서도 의료인의 면허제한에 대한 검토가 필요하다.

35) 독일의 직업금지명령제도에 대한 자세한 내용은 이석배, “보안처분으로서 독일의 직업금지 명령-의사의 범죄에 대한 대응을 중심으로-”, 의료법학(제22권 1호), 대한의료법학회, 2021, 34면 이하; 프랑스의 긴급정지 및 일부정지 제도에 대한 내용은 박정일, “의사에 대한 행정처분과 자율적 규제”, 서울법학(제21권 2호), 2013, 114면 이하 참조.

규범적으로 의료인에 대한 면허제한 범위 확대가 기본권을 제한하여 위법하다고 판단하기 위해서는 기본권제한 요건에 위배되어야 한다. 그러나 신뢰 관계가 중요한 의료인이 범죄로 인해 ‘금고 이상의 실형’을 선고 받았다는 것은 해당 의료인이 국가 공동체의 안녕을 위해 법률로 금지한 범죄행위를 저질렀을 뿐만 아니라 그 범죄의 정도가 심각하여 공동체와 일정기간 격리시킬 필요성이 있다는 의미이다. 때문에 이러한 선고가 내려진 경우에 해당 의료인은 국가 공동체의 안녕을 저해할 뿐만 아니라 의료인 전체의 신뢰를 저하시키는 원인을 제공한다는 점에서 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 의료인의 면허제한은 그 목적과 수단이 적절하다고 볼 수 있다. 또한 모든 범죄를 면허제한의 대상으로 한다는 점과 관련해서는, 의료인과 환자 간의 신뢰를 저해하는 범죄를 개별적으로 구별하기 어렵고, 형사사건 중 금고형이 선고되는 비율이 높지 않아 금고형이 선고될 정도의 범죄는 그 범죄의 유형을 떠나서 비난 가능성이 큰 범죄이며, 이러한 범죄를 저지른 의료인과 환자 간의 신뢰관계 형성·유지가 어렵다는 것을 쉽게 짐작할 수 있다. 따라서 모든 범죄로 의료인의 면허제한 범위를 확대하는 것이 과도하다고 보기 어려울 뿐만 아니라 의료인의 면허제한이라는 개인적 불이익과 국민의 신뢰확보라는 공익간의 균형을 잃었다고 보기도 어렵다.

그럼에도 불구하고 여전히 의료행위는 불완전하기 때문에 예측불가능한 상황이 발생할 개연성이 높다. 따라서 의료행위를 하는 과정에서 언제나 악결과가 발생할 수 있다. 이러한 이유에서 의료행위 중 발생한 악결과가 과실인 경우 즉, 업무상과실인 경우에는 형사책임과 별개로 해당 의료인의 의료행위 수행 가능성, 적정성 등의 기능적인 측면을 세심하게 검토하고 면허제한의 정도를 결정하는 합리적인 면허제한 심사절차가 마련되어야 한다.

전문가집단에 대한 규제는 집단 스스로의 전문성을 바탕으로 자율적으로 진행되는 것이 효율적이고 바람직하다는 것이 일반적인 견해이다. 의료인도 이러한 전문가 집단에 속하기 때문에 자율적인 규제를 통해 면허제한이 이뤄지는 것이 바람직하다. 그러나 자율규제가 가능하기 위해서는 전문가 집단에

대한, 즉 의료인 단체에 대한 신뢰 형성이 전제되어야 한다. 그러나 현재는 의료인 단체에 대한 신뢰가 미성숙된 것으로 보인다. 그렇다고 현재처럼 절차적으로 미흡한 정부 주도의 면허규제체계를 유지하는 것은 당사자의 수용성을 높이는데 한계가 있다. 따라서 의료인단체가 신뢰와 경험이 축적될 때까지 독립적인 면허심의 기구를 만들어 운영함으로써 스스로의 전문성을 확립할 수 있는 계기를 마련할 필요가 있다.



[ 참 고 문 헌 ]

- 국회의원 남인순, 국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄』 자료집, 2018.
- 권오탁, 「국민건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 과제와 개선방안: 헌법적 쟁점을 중심으로」, 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2016.
- 김성은, “의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항”, 『의료법학』 제19권 1호, 대한의료법학회, 2018.
- 대한의사협회, “의료행위의 형벌화와 행정처분의 제문제”, 『의료정책포럼』 제19권 1호, 의료정책연구소, 2021.
- 대한의사협회 성명서, “의료인 면허에 대한 과도한 징벌적 규제 법안 전면 재검토하라”, 2021, 2월 19일([http://www.kma.org/notice/sub1\\_view.asp](http://www.kma.org/notice/sub1_view.asp)).
- 박정일, “의사에 대한 행정처분과 자율적 규제”, 『서울법학』 제21권 2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.
- 이상돈·김나경, 『의료법 강의』, 법문사, 2014.
- 이석배, “보안처분으로서 독일의 직업금지명령-의사의 범죄에 대한 대응을 중심으로-”, 『의료법학』 제22권 1호, 대한의료법학회, 2021.
- 하명호, “의료인에 대한 면허자격정지처분의 요건과 절차-부당한 경제적 이익 등의 취득금지를 중심으로-”, 『안암법학』, 안암법학회, 2016.
- 홍영표, “의료인 면허제도 관리 개선 방안”, 『의료정책포럼』 제14권 2호, 의료정책연구소, 2016.
- 의사신문, “[2015 의료계 결산] 다나의원서 C형 간염 집단 발생...면허관리 이슈”, 2015년 12월 18일.
- 경향신문, “원주 C형 간염 주사 재사용 아닌 마취제 오염 가능성”, 2016년 3월 11일.
- 연합뉴스, “폭행·추행·난동·사기...히포그라테스 선서 찢어버린 의사들(종합)”, 2016년 4월 28일.
- MBC 뉴스데스크, “사망환자 더 있는데... 신해철 집도되는 ‘아직도 수술 중’”, 2018년 1월 29일.
- 아시아경제, “산부인과 마취환자 성추행에 ‘공분’...논란의 ‘수술실 CCTV’, 실현

되나”, 2021년 1월 9일.

파이낸셜뉴스, “산부인과 검진하며 女환자에 부적절 발언한 의사”, 2021년 6월 28일.

서울고법 2007. 3. 15. 선고 2006나56833 판결.

대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마997 결정.

헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2007헌마1037 결정.

헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마1462 결정.

헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌바83 결정.

헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌바467 결정.

헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2018헌바111 결정.

헌법재판소 2020. 5. 27. 선고 2018헌바264 결정.

헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2019헌바118·171·176(병합) 결정.

제384회 국회(임시회) 제1차 보건복지위원회 검토보고서 및 보건복지위원회회의  
록, 2021년 2월 19일([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_H2X1W0Q1S2X6D1X4D5H4D2S4Y6L3J4](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_H2X1W0Q1S2X6D1X4D5H4D2S4Y6L3J4)).

범죄와 형사사법 통계정보(<https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do>).

사법연감(<https://scourt.go.kr/portal/news/NewsListAction.work?gubun=719>).

[국문초록]

## 의료인의 면허제한 범위 확대와 기본권 제한 -의료법 개정안을 중심으로-

권오탁(건강보험시사평가원 부연구위원, 법학박사)

의료인의 면허를 제한하기 위해서는 기능적인 측면과 도덕적·윤리적인 측면이 함께 검토되어야 한다. 현재 「의료법」에 규정된 의료인의 결격사유를 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 모든 범죄로 확대하는 것에 대한 논란이 있다. 그러나 국가 공동체의 질서유지를 위해 법률로 금지한 행위를 한 의료인에 대한 제재가 미흡할 경우, 의료인 전체에 대한 신뢰 저해를 불러올 수 있다. 또한 금고형의 선고는 비난가능성이 높다는 것을 의미한다. 따라서 의료인의 범죄 유형과 관계없이 비난가능성이 높은 형벌을 받을 경우, 해당 의료인에 대한 신뢰뿐만 아니라 전체 의료인, 나아가 국가 보건의료체계에 대한 신뢰확보가 어렵게 된다. 결국 공익의 측면에서도 면허제한 범위 확대는 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

그러나 의료행위는 불완전하고 예측 불가능하기 때문에 언제나 악결과가 발생할 개연성이 높다. 따라서 의료행위 중 업무상과실이 발생한 경우, 면허제한은 형사책임과 별개로 해당 의료인의 의료행위 수행 가능성·적정성 등, 기능적인 측면을 세심하게 검토하여 면허제한 정도를 결정해야 한다. 이처럼 의료인의 면허제한에는 다양한 변수에 대한 고려와 전문적인 판단이 필요하기 때문에 독립적인 면허심의의 기구를 설치하여 면허관리의 전문성을 확립할 필요가 있다.

주제어 : 의료법, 의료인, 면허제한, 기본권 제한, 과잉금지의 원칙

**Extending the Scope of License Restrictions for Medical  
Personnel and Limiting Fundamental Rights**  
- Focusing on the Revision of the Medical Law -

Ohtak, Kwon

*Ph.D., Associate Research Fellow,  
Health Insurance Review and Assessment Service*

**=ABSTRACT=**

Reasons for disqualification to restrict a medical person's license should be considered in functional and moral terms. In this sense, the grounds for disqualification of medical personnel should be expanded to include all crimes that have been declared to be “imprisonment without labor or greater punishment” by a court. Because a sentence of “imprisonment without labor or greater punishment” means that it is highly reprehensible and undermines the trust of the state as well as the trust in medical personnel. Therefore, the expansion of the scope of license restrictions for medical personnel cannot be regarded as a violation of “the Less Restrictive Alternative” rule.

However, it is necessary to reflect the specificity of medical services in the license restrictions of medical personnel. This is because not all diseases can be treated with current medical services. In addition, unpredictable situations can occur at any time during medical practice. Consequently, the negligence that occurs during medical practice should be carefully examined from a functional perspective of the medical personnel. And it should be treated differently from ordinary crimes. To this end, an independent license review organization should be established to establish expertise in license management.

Keyword : Medical Law, Medical personnel, License restrictions, Limiting fundamental rights, The Less Restrictive Alternative.