

무면허 의료행위 처벌에 관한 고찰 -의료인과 비의료인의 협업관계를 중심으로-

윤 서 영*

I. 서론

II. 무면허 의료행위의 금지

1. 의의
2. 적용법규에 따른 규율

III. 의료행위의 개념

1. 의료법상 의료행위
2. 법원의 해석
3. 소결

IV. 비판적 고찰

1. 구조적 한계
2. 처벌법규의 보호법익

V. 법정책적 과제

1. 무면허의료행위죄의 적용현실
2. 판단기준 변화의 필요성

VI. 결론

I. 서론

오늘날 의료기관은 신체를 다치거나 병에 걸린 환자만이 치료를 위해 방문하는 곳일 뿐만 아니라 미용을 목적으로 하거나 지속적인 건강 유지 등을 위해 방문하는 곳이 되었다. 피부과 의원을 예로 들면 피부에 창상이나 두드러기가

* 논문접수: 2022. 9. 14. * 심사개시: 2022. 9. 15. * 게재확정: 2022. 9. 30.

* 고려대학교 법학연구원, 연구원.

발생해 그를 치료하러 피부과 의원에 찾는 사람들보다 모공 없이 깨끗한 피부를 얻기 위해 레이저 시술 관리를 받거나 얼굴에 주름을 없애기 위한 필러 시술을 받는 등 일상적으로 피부과 의원을 방문하는 사람이 더 많아 보일 정도이다.

이처럼 의료체계는 질병을 치료하기 위한 목적만을 위해 존재하는 체계가 아니라 종합적으로 건강을 관리하기 위한 체계(health care system)로 변화하고 있다.¹⁾ 이에 따라 의료인이 이웃 직업 영역의 ‘비(非)의료인’과 협동적 관계를 맺는 임상 현실이 늘어나고 있다. 그 예로 피부과 의사와 피부관리사, 이비인후과 의사와 음성치료사, 신경정신과 혹은 소아(정신)과 의사와 심리상담사, 비만클리닉 운영 내과 의사 혹은 가정의학과 의사와 건강상담사, 재활 의학과 의사 혹은 정형외과 의사와 스포츠마사지사 사이 등의 협업 등을 들 수 있다. 의료인은 이러한 분업을 통해 발생할 수 있는 부작용의 위험을 지배하고, 비의료인은 그 위험 지배 아래에서 자신의 직업영역에서 형성한 노하우를 최대한 활용할 수 있게 된다. 이와 같은 협업을 통하여 환자가 누릴 수 있는 건강 관리서비스는 질적으로 뿐만 아니라 양적으로 향상된다.

그러나 현행 의료법은 그런 ‘협업’도 무면허 의료행위라는 일탈행위로 낙인찍고, 의사의 위험관리영역에서 행위한 비의료인은 물론 그와 협업한 의료인까지도 의료법 위반으로 이른바 ‘무면허의료행위죄’로 처벌하고 있다.²⁾³⁾ 그리하여 여기에서 의료현실과 법제도 사이에 큰 틈이 벌어진다. 이 글에서는 무면허의료행위죄에 대하여 개괄적으로 살펴보고 위와 같은 간극을 좁히기 위한 반성적 사고를 펼쳐나가고자 한다.

1) 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성-무면허 의료 행위죄의 이데올로기 해체와 합리적 재구성-”, 대한피부과학회지(제42권 2호), 대한피부과학회, 2004, 131면.

2) 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 무면허 의료행위의 공동정범의 책임을 피할 수 없다고 한 대법원 1986. 2. 11. 선고 85도448 판결 참조.

3) 이상돈, “무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 고려법학(제40호), 고려대학교 법학연구원, 2003, 157면.

II. 무면허 의료행위의 금지

1. 의의

무면허 의료행위란 ‘법률이 정한 면허를 소지함이 없이 행해지는 의료행위’이다. 즉 의료법상 무면허 의료행위는 의료인이 아닌 자가 의료행위를 하는 경우와 의료인이 면허된 것 이외의 의료행위를 하는 경우를 말하는데,⁴⁾⁵⁾ 현행 의료법은 제27조에서 이를 전면적·일률적으로 금지하고 있으며, 이를 위반한 경우 징역형과 벌금형에 처하는 등 형법적 제재를 가하고 있다. 나아가 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조에서는 무면허 의료행위가 영리적이고 영업적인 성격을 띠게 되면 일반적인 무면허 의료행위보다 더 높은 법정형이 부과될 수 있도록 하고 있다. 아래에서는 위와 같이 의료법 제27조를 위반한 경우를 편의상 ‘무면허의료행위죄’로 부르고, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조를 위반한 경우를 ‘부정의료업죄’로 부르도록 하겠다.

2. 적용법규에 따른 규율

무면허 의료행위에 적용되는 법규는 의료법 제2조 제1항, 동법 제27조 제1항 및 제5항, 동법 제64조 제1항 2호, 동법 제87조의2 제2항과 보건범죄단속에 관한 특별조치법⁶⁾ 제5조로 그 내용은 다음과 같다. 의료법 제2조 제1항은 ‘의료인’이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다고 정하고 있으며, 동법 제27조 제1항에서 위의 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없고 의료인이라 하더라도 면허 이외의 의료행위를 할 수 없다고 정하고 있다. 또한 동법 제27조 제5항에서는 의료인, 의료기관 개설자 및 종사자는 무자격자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게

4) 문성제·이경환·원선애, “의료과오와 간호사책임”, 한국의료법학회지(제12권 1호), 한국의료법학회, 2004, 32-36면.

5) 이경환·김만오·한선우, “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 한국의료법학회지(제19권 2호), 한국의료법학회, 2011, 110-111면.

6) 이하에서는 ‘보건범죄단속법’을 약칭으로 사용한다.

면허 사항 외의 의료행위를 하게 하는 것을 금지하고 있다.

의료법 제27조 제1항을 위반하여 무면허 의료행위를 한 자는 동법 제87조의2 제2항에 따라 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 또한 보건복지부장관은 의료기관이 의료법 제27조 제5항을 위반하여 무자격자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하게 한 경우 동법 제64조 제1항 2호에 따라 그 의료업을 1년의 범위에서 정지시키거나 개설 허가의 취소 또는 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다.

한편 의사·치과의사·한의사가 아닌 자가 ‘영리를 목적으로’ 무면허 의료행위를 한 경우 보건범죄단속법 제5조에 의해 무기 또는 2년 이상의 징역과 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과할 수 있도록 하여 가중처벌 할 수 있다.

해당 법규들을 문리적으로 해석하면, 무면허 의료행위는 ‘의료인이 아닌 자가 행한 의료행위’이거나 ‘의료인이 면허 외의 의료행위를 한 경우’라고 볼 수 있다. 이때 ‘영리목적’이나 ‘영업성’이 요구되는 것은 아니므로 보수 등 금전을 받지 않았더라도 무면허의료행위죄의 성립이 가능하다.⁷⁾ 부정의료업 행위는 ‘의사·치과의사·한의사가 아닌 사람이 해당 영역의 의료행위를 영리의 목적으로 영업적으로 한 경우’라고 볼 수 있을 것이다. 여기서 ‘영리의 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 의미하며⁸⁾ ‘업으로’의 의미는 행위자가 그 행위를 영업으로 반복, 계속할 의사로 하는 것을 의미한다.⁹⁾ 이때 무면허 의료행위를 행하는 자와 그 경제적 이익이 귀속되는 자나 경영의 주체가 반드시 일치하여야 할 필요는 없다.

7) 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 46면.

8) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결.

9) 헌법재판소 2007. 3. 29. 자 2003헌바15 결정.

III. 의료행위의 개념

1. 의료법상 의료행위

여기서 짚고 넘어가야 할 것은 의료법상 무면허 의료행위를 형사처벌 할 수 있으려면 그 행위가 ‘의료행위’로 인정될 수 있어야 하는데, 의료법 제12조 제1항에서 ‘의료행위’에 대하여 ‘의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행’이라고 규정하고 있을 뿐 그 개념을 명확히 하고 있지 않다는 점이다. 이는 의료인 모두에게 공통되는 의료행위 개념을 정의하는 것은 입법기술적으로 매우 어려운 일이기 때문이며, 만약 의료법상 의료행위에 대한 정의 규정을 두게 된다 하더라도 개별 사안에서의 구체적 해석은 법원의 판례에 의존하게 되는 결과를 낳는다.¹⁰⁾

2. 법원의 해석

앞서 본 바와 같이 법규상 명확하게 정해져 있지 않은 ‘의료행위’ 개념은 결국 법원의 판례에 의해 유권해석 되어 형성되고 있다. 대법원과 헌법재판소가 판단한 ‘의료행위’의 개념은 다음과 같다.

가. 대법원

과거 대법원은 무면허 의료행위를 판단함에 있어서, “일반적으로 의료법에 규제하고 있는 의료행위라 함은 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것”¹¹⁾이라고 보아, 질병의 예방이나 치료행위를 의료행위로 정의해왔다.¹²⁾ 그러나 그 의미를 점차 확대하여, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도

10) 2007년도 의료법개정 시 의료행위에 대한 정의 규정을 신설하고자 하는 시도가 있었으나 이러한 이유로 의료법 개정안에 포함되지 않았다. 장연화, “면허외 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임”, 형사판례연구(제20권), 한국형사판례연구회, 2012, 566면 참조.

11) 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결.

4783 판결에서와 같이 “의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다”고 판시하고 있다. 이러한 대법원의 태도는 의료행위를 가장 넓은 범주로 해석하고 있는 것으로, 의료행위 관련 판례 대부분에서 그대로 언급되고 있다.¹³⁾

대법원은 어떠한 행위로 인해 ‘사람의 생명, 신체상의 위험이나 공중위생상의 위해를 발생케 할 우려’¹⁴⁾가 있는가, 즉 ‘위험성’의 요소도 그 행위가 의료행위인지를 판단하는 기준으로 삼고 있다.¹⁵⁾ 이때 질병의 예방과 치료에 사용된 기기가 의료기기에 해당하는지 여부는 문제되지 않으며, 의학적 전문지식이 없는 사람이 그 기기를 사용할 경우 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 가능성이 있는지에 따라 의료행위인지 여부를 결정하여야 한다고 본다.¹⁶⁾

나. 헌법재판소

헌법재판소는 의료법상 ‘의료행위’의 개념에 대하여, “의료행위는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져

12) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결에서는 미용성형수술은 병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라고 할 수 없다고 보았으나, 이후 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결에서 미용성형수술이라 할지라도 의료기술의 시행 방법으로 행해지고 절개과정이나 봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있으므로 질병의 치료행위의 범주에 들어 의료행위가 된다고 해석하고 있다.

13) 장연화, “면허 외 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임”, 568-569면.

14) 대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1678 판결.

15) 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 4면.

16) 대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190 판결, ‘고객의 시력을 측정한 후 사용한 이 사건 가압식 미용기는 눈 주위의 근육을 마사지하여 혈액순환을 원활하게 하고 눈의 모든 기능을 회복시켜 줌으로써 시력을 회복한다는 것이니, 눈 주위의 근육 및 신경조직 등 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 자가 이를 행할 때에는 시신경 등 인체에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 가압식 미용기 사용은 의료행위에 해당한다’고 본 사례.

을 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다”고 해석하고 있다.¹⁷⁾ 즉, 의료행위를 질병의 치료와 예방행위에 한정하지 않고 보건위생상 위해가능성이 있는 모든 행위로 넓게 판단하고 있다.

또한 의료법 제27조 제1항 본문 전단의 ‘의료행위’ 부분에 대하여 헌법재판소는 ‘의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정 및 의료행위의 개념에 관한 대법원 판례 등을 종합적으로 고려해 보면, 건전한 일반상식을 가진 사람이 일의적으로 파악하기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다’고 보았다.¹⁸⁾

3. 소결

판례의 해석으로 본 의료행위는 두 가지로 구분된다. 첫째는 ‘질병의 예방과 치료행위’이고, 둘째는 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’이다. 즉 대법원 및 헌법재판소의 무면허 의료행위와 관련한 개념 정의는 행위의 위험성이 기준이 되어 ‘행위’가 중심인 것으로 보일 수 있다. 그러나 행위의 위험성은 추상적 판단의 대상이다. 대법원 또한 “무자격자가 행하는 의료행위의 위험은 추상적 위험으로도 충분하므로 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않았다 하여 사람의 생명, 신체 또는 공중보건 상의 위해가 없다고 할 수는 없다”고 보고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 그러므로 비의료인이 환자의 질병을 치료할 수 있는 능력을 가진 사람인지를 불문하고, 그가 한 행위가 성공한 의료적 행위라고 할지라도 의료인이 아니면 보건위생상 위해를 줄 우려가 있는 행위를 할 수 없다는 것이다. 결국 대법원 및 헌법재판소가 정의하는 의료행위 개념

17) 헌법재판소 2022. 3. 31 자 2017헌마1343, 2019헌마993, 2020헌마989, 1486, 2021헌마1213, 1385(병합) 결정.

18) 헌법재판소 2017. 11. 30 자 2017헌바217, 2017헌마857 결정.

19) 대법원 1993. 8.27. 선고 93도153 판결.

20) 즉 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않은 경우라 하더라도 추상적 위험이 존재한다고 인정되면 처벌받는 무면허의료행위죄는 추상적 위험범이다. 이상돈·김나경, 『의료법 강의』, 49면 참조.

은 국가가 허가한 면허증을 소지한 ‘의료인’이라는 ‘신분’이 중심이 된다는 것을 알 수 있다.²¹⁾

III. 비판적 고찰

1. 구조적 한계

이렇게 정의된 의료행위 개념을 바탕으로 한 무면허 의료행위의 규율은 이원주의, 국가주의, 신분주의의 구조적 특징을 갖는다.²²⁾

가. 이원주의

현대사회에서 의료개념은 전통적인 의미의 질병치료에서 ‘건강을 향한 행위’에 이르기까지 꽤 넓은 스펙트럼을 형성하고 있으나, 과연 어디까지가 의료 영역에 편입되었다고 볼 수 있는지를 구분하는 일은 매우 어려운 일이다. 또한 같은 유형의 행위라고 하더라도 그로 인해 일어날 수 있는 부작용의 위험이 합리적으로 관리되는지 여부는 다양한 요소에 의해 달라질 수 있다. 그럼에도 불구하고 무면허의료행위죄의 적용현실은 건강관리행위를 의료행위 아니면 비의료행위로 강제로 구분해놓고, 그 행위영역에 비의료인이 진입하는 것을 합법이 아니면 불법이라는 이원적 코드의 판단 구조 속에 가두고 있다.²³⁾

나. 국가주의

의료법상 무면허의료행위죄의 적용기준이 되는 의료개념은 국가에 의해 규정되고 있다. 의료개념은 주체가 의료인인지, 행위가 의료행위인지, 수단이 의

21) 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 법학연구(제51권 3호), 부산대학교 법학연구소, 2010, 190면.

22) 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 49-50면.

23) 이상돈, “무면허의료행위죄”, 159면.

료기재인지의 세 가지 차원으로 구성되는데, 이 모든 차원을 국가가 규정하고 있다. 첫째, 의료의 주체가 되는 자격인 의료인면허가 국가에 의해서만 관리된다. 둘째, 의료행위의 의미는 의료전문가가 아닌 사법부와 행정관료의 유권해석을 통해 구체화된다. 셋째, 어떤 수단을 의료기재에 해당한다고 보든지도 전문가사회인 의료사회 내에서 자율적으로 정해지지 않고 국가가 결정한다.²⁴⁾

다. 신분주의

국가가 정하는 의료개념은 건강을 돌보는 인간의 행위를 금지할 것인가 허용할 것인가와 같은 법적 판단을 해야 할 때에 그 행위가 실질적으로 가지는 의료적 합리성 여부에 따라 결정할 수 없게 한다. 그러므로 어떤 행위가 무면허 의료행위인지 여부를 정함에 있어서, 그 행위가 의료인이 의학적 방법으로 의료기재를 사용하여 수행해야 하는 행위에 해당하는지가 불명확한 경우, 그 행위자가 국가로부터 면허를 받은 의료인의 신분을 지니고 있는지 여부에 의해 좌우된다.²⁵⁾

의료인의 신분을 가진 자는 일반인이 할 수 없는 의료행위의 금지를 해제하는 행정행위인 허가를 받음으로써 독점적이고 배타적인 지위에서 의료행위를 할 수 있다. 의료법의 허가주의는 의료행위가 인간의 생명과 직결되므로 일정 수준을 넘는 의학지식과 기술을 가진 사람이 국가가 시행하는 일정한 자격시험을 합격하게 되면 그에 한해 허가행위로서의 면허를 준다는 것이다.²⁶⁾ 여기서 면허란 일반적으로 금지된 어떤 행위가 특정한 경우에 그 금지가 해제되는 것을 일컫는다. 따라서 면허는 어떠한 권리를 행사할 수 있게 해주거나 특혜를 부여하는 것이 아니라, 금지된 자유가 회복된다는 의미에 불과하다.²⁷⁾

24) 이상돈·김나경, 앞의 책, 50면.

25) 이상돈, “무면허의료행위죄”, 161면.

26) 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 법과 정책연구(제7권 1호), 한국법정책학회, 2007, 45면.

27) 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 법학연구(제51권 3호), 부산대학교 법학연구소, 2010, 6-9면.

라. 한계

‘합법과 불법’이라는 이원적 코드만으로 의료행위를 판단하는 법적 판단구조는 건강이라는 목적을 추구하는 관점에서는 부적절하다.²⁸⁾ 의료행위를 오직 두 가지 유형으로 구분하는 것은 법적 판단의 전통적인 구조에서 나오는 요청이므로, 이로 인해 의학적 합리성과 법적 합리성 사이에 심각한 괴격이 생기게 된다. 이 괴격을 형벌로 메우는 의료법은 자칫 잘못하면 이상적 의료를 위한 법이 아니라 처벌하는 국가권력 그 자체를 위한 것이 될 수 있기 때문에, 장기적으로 봤을 때 오히려 법의 합리성을 자폭시키는 결과를 낳을 수 있다.²⁹⁾

이런 처벌의 위험은 건강관리 서비스를 제공한 비의료인 뿐만 아니라 그와 협동적 분업관계를 맺었던 의료인에게도 위협적으로 돌아온다. 그러나 건강관리체계에 있어서 의료인과 비의료인의 협업이 오히려 순기능적일 수 있고 의학적 합리성을 가질 수 있다. 예를 들어 피부관리사가 피부과 전문의에게 고용되어 크리스탈 필링 박피술을 행하는 경우, 피부관리사가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 전문지식이나 시술능력을 갖추었다면 그 시술에 대한 경험이 없는 의료인이 시술하는 것보다 경험이 많이 축적된 피부관리사가 시술하는 것이 바람직할 수 있다는 것이다.

그러나 대법원은 비의료인은 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 그 행위자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 시술능력을 갖추었다고 하더라도 전체 시술과정 중 일부의 행위도 할 수 없다고 보고 있으며, 비의료인으로 하여금 시술행위를 하게 한 의사도 부정의료업죄의 공범이 된다고 판단하였다.³⁰⁾ 이는 무면허 의료행위의 규율이 행위 자체를 기

28) 이상돈, “무면허의료행위죄”, 162면.

29) 이상돈, 앞의 글, 164면.

30) “의사가 의사면허가 없는 소위 피부관리사들로 하여금 환자들을 상대로 산화알루미늄 성분 연마제가 든 크리스탈 필링기를 사용하여 얼굴의 각질을 제거하여 주는 피부박피술을 시행한 행위가 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 사람이 이를 행할 때에는 사람의 생명, 신체나 공중위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 것이므로, 이는 단순한 미용술이 아니라 의료행위에 해당한다. 의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 하되, 간호사, 간호조무사, 의료기사등에관한법률에 의한 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사의 면허를 가진 자가 의사, 치과과의사의 지도하에

준으로 삼는 것이 아니라 행위자의 의료인 면허 유무를 기준으로 삼고 있다는 점을 상기시킨다. 무면허의료행위죄는 신분개념으로 환원되어버린 의료개념에 지나치게 의존하는 나머지 의사의 의료인격을 보호하는 본래 목적을 망각하고 도리어 의료인격을 파괴하는 역기능을 낳게 될 수 있다.³¹⁾

즉 위와 같은 논리적 구조로 구성된 무면허 의료행위에 대한 규제는 시민사회에서 자연적으로 발생한 질병치료를 위한 노력들과 건강돌봄행위들을 과도하게 제한하게 된다.³²⁾ 이러한 의료개념의 구조적 한계를 성찰함에 있어서 가장 중요한 것은 의료개념이 권력의 재생산이나 지식의 재생산 또는 자본의 재생산에 의해 왜곡되는 것을 비판하고 경계하는 것이다.³³⁾

2. 처벌법규의 보호법익

헌법재판소는 무면허의료행위죄와 부정의료업죄의 보호법익이 ‘사람의 생명, 신체’라는 개인적 법익뿐만 아니라 ‘국가의 의료인면허제도의 유지·보호’라는 국가적 법익으로 이중적 성격을 가진다고 보았다.³⁴⁾ 본죄들의 처벌규정이 보호하려는 법익이 단편적이지 않으므로, 급변하는 현대 의료사회에서 형법이 보호해야 할 이익이 어떤 가치인가를 되짚어보는 과정이 필요하다. 여기서 의미를 가질 수 있는 보호법익을 판단하는 기준으로 ‘인격적 법익론’을 들 수 있다.³⁵⁾

진료 또는 의학적 검사에 종사하는 행위는 허용된다 할 것이나, 그 외의 자는 의사, 치과의사의 지도하에서도 의료행위를 할 수 없는 것이고, 나아가 의사의 전체 시술과정 중 일부의 행위라 하더라도 그 행위만으로도 의료행위에 해당하는 한 비의료인은 이를 할 수 없으며, 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 그 행위자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 기술능력을 갖추었다고 하더라도 마찬가지이다.” 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 참조.

31) 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 134면.

32) 정채연, “의료화의 역사에 대한 법사회학적 반성-새로운 의료법 패러다임의 구상-”, 법학논집(제17권 3호), 이화여자대학교 법학연구소, 2013, 204면.

33) 이상돈, “의료개념의 법사회학적 구성”, 영남법학(제27호), 영남대학교 법학연구소, 2008, 124면.

34) 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2003헌바15 결정.

35) 현대사회에서 인격적 법익론이 가지는 가치에 대한 자세한 내용은 배중대·홍영기, 『형사정

인격적 법익론은 개인과 사회, 그리고 국가의 긴장관계에서 법익을 파악하는 기준의 핵심을 ‘사람’(인간)으로부터 찾는다. 따라서 법익은 형법적으로 보호해야 할 인간이익으로 정의할 수 있다. 사회와 국가의 제도를 보호하는 것은 그것이 개개인 인간을 보호하는 조건이 될 때 그리고 그 조건이 되는 만큼 필요할 뿐이다. 이는 사회와 국가의 법익을 위하여 그 법익을 위반하는 행위에 대한 처벌은 언제나 개인을 지향해야 한다는 것을 뜻한다. 형법은 법익을 침해한 개인을 처벌할 수 있을 뿐이며 그 스스로가 사회와 국가를 안정시키고 법익 침해를 감소시키는 것은 아니다. 따라서 개인의 사회성과 국가성이 강조되는 때일수록 형법에서는 개인의 인격을 목표로 바라봐야 한다. 그러므로 실질적인 중요성에 따라 법익을 나누어 견줄 때에, 개인적 법익이 가장 우선하고, 사회적·국가적 법익이 그 다음으로 자리해야 한다.³⁶⁾ 또한 인격적 법익론에서 법익은 사회 속에서 의사소통적으로 구성되는 것이므로 역사적으로 변화가 가능한 개념이다. 인격적 법익론은 법익을 보호하기 위해서 처해지는 형벌이 필수적으로 요구되는 것인지를 밝히는 데에 의의가 있다.³⁷⁾

이러한 관점에서 보면 무면허 의료행위 처벌에 관한 규정은 환자의 생명, 신체라는 개인적 법익을 최우선으로 해야 하며 의료면허제도의 유지, 보호라는 국가적 법익은 가장 나중으로 보아야 마땅하다. 그러나 면허의 유무를 기준으로 신분요소에 치우쳐 무면허 의료행위를 처벌하는 실무현실에서는 오히려 법익의 우선순위가 반대의 모습으로 나타나게 된다.³⁸⁾ 예를 들어 사회적으로 반영구 화장과 같은 문신기술에 대한 수요는 점점 늘어나고 있으나, 현재까지 문신기술은 의료행위로 구분되어 의료인의 자격을 갖추지 않은 사람이 문신기술을 하는 경우 무면허 의료행위로 처벌하고 있다. 문신기술에 대한 사회적 인식은 계속해서 긍정적으로 변화하고 있으며 문신기술을 받고자 하는 개인은 생

책』, 제1판, 홍문사, 2019, 205-206면.

36) 배중대, 『형법총론』 제12판, 홍문사, 2016, 53면.

37) 최민영, “배아연구와 형법적 보호법익 -독일과 한국의 예를 중심으로”, 고려법학(제57호), 고려대학교 법학연구원, 2010, 69-70면.

38) 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 204면.

명, 신체의 건강 외에 아름다움을 추구하고자 하는 목적을 가지고 있다. 그러므로 문신시술을 시술자가 의료인의 면허를 가지는지 여부에 따라 일률적으로 규율하는 현실은 위와 같은 개별 인간의 법익을 국가적 법익보다 뒤로하는 것이 아닌지 곱씹어볼 필요가 있다.³⁹⁾

IV. 법정책적 과제

1. 무면허의료행위죄의 적용현실

종합적인 보건의료체제로 변화해가는 지금의 시대에서 의료행위와 비의료행위의 경계는 점점 흐려지고 있으며, 이에 따라 합법적인 면허 의료행위와 불법적인 무면허 의료행위를 명확하게 구별하는 것 또한 어려워지고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 경계의 모호성에도 불구하고 아직 사회체제에서 의료체제로 편입되지 못한 의료적 행위를 일괄적으로 무면허 의료행위로 보아 처벌하는 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위배되는 국가권력의 과잉행사가 될 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 의료행위의 과잉규제를 줄이기 위해서 형법의 비례성·보충성 원칙이 준수될 수 있는 새로운 법제화 등의 개혁이 당장 이루어지기는 매우 어려운 일일 것이다.

실제로 헌법재판소는 의료법 제27조 제1항에 대하여 1996. 10. 31. 94헌

39) 헌법재판소 2022. 3. 31 자 2017헌마1343, 2019헌마993, 2020헌마989, 1486, 2021헌마 1213, 1385(병합) 결정에서 문신시술에 관하여 선례와 달리 새로운 관점으로 판단할 필요가 있다고 본 반대이견은 다음과 같다. “문신시술을 수행하기 위해서는 안전한 시술을 위한 기술은 물론, 창의적이거나 아름다운 표현력도 필요하다. 그런데 오로지 안전성만을 강조하여 의료인에게만 문신시술을 허용한다면, 증가하는 문신시술 수요를 제대로 충족하지 못하여 오히려 불법적이고 위험한 시술을 조장할 우려가 있다. 따라서 외국의 입법례와 같이 예술적 감각이 풍부한 비의료인도 위생적이고 안전한 방식으로 문신시술을 할 수 있도록 허용할 필요가 있다.” 같은 논지의 반대이견을 유지하고 있는 헌법재판소 2022. 7. 21. 자 2022헌바3 결정; 헌법재판소 2022. 7.21. 자 2018헌바358 결정 참조.

40) 정채연, “의료화의 역사에 대한 법사회학적 반성”, 204-205면.

41) 그런 행위에 대한 법적 규율은 그 행위로 인하여 사람의 생명, 신체에 해가 발생하는 경우에 과실치사상죄(형법 제266조, 제267조)를 적용하여 보충적인 형사처벌을 하는 것으로 충분하다는 견해로는, 이상돈, “의료개념의 법사회학적 구성”, 영남법학(제27호), 영남대학교 법학연구소, 2008, 119-120면 참조.

가7 결정에서 최초 합헌결정을 한 이래로 해당 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 의료인의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 판단을 고수하고 있다. 의료인은 위 조항에 의해 스스로 의료행위를 하는 데 제한을 받는 것은 아니지만, 의료인이 비의료인과 공모하여 비의료인으로 하여금 의료행위를 하게 하는 등의 의료행위 수행 방법에 제한을 받는 경우에도 마찬가지로 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 것이다.⁴²⁾

헌법재판소는 ‘의료행위가 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로, 단순한 의료기술 이상의 인체 전반에 관한 이론적 뒷받침과 인간의 신체 및 생명에 대한 외경심을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여야 하며, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적 위해를 가할 수 있기 때문’이라고 보았으며, ‘무면허 의료행위자 중에서 부작용 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것이 어렵고 결국 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 기준은 국가의 자격인증 외에는 달리 대안이 없다’고 판단하였다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 그러므로 비의료인이 의료행위에 참여하는 이상, 의료인의 관리감독 하에 비의료인으로 하여금 의료행위를 하게 하거나 의료인과 비의료인이 함께 의료행위를 하는 경우라고 하더라도, 비의료인의 의료행위에 따른 국민의 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해 발생을 전적으로 방지하고 국민건강의 보호증진을 도모할 수 있다고 보기 어렵다고 설시하였다.⁴⁵⁾

42) 헌법재판소 2022. 7. 21. 2018헌바358 결정.

43) 헌법재판소 2013. 6. 27. 2010헌마658 결정; 헌법재판소 2013. 8. 29. 2012헌바174 결정; 헌법재판소 2015. 7. 30. 2015헌바51 결정; 헌법재판소 2016. 12. 29. 2016헌바367 결정; 헌법재판소 2017. 11. 30. 2017헌바217 결정 등 참조.

44) 의료가 국민보건에 미치는 영향이 지대하므로 일정한 자격을 갖춘 의료인에게 의료를 독점시킴으로써 의료인의 자격이 없는 자가 의료행위를 함으로써 초래될 수 있는 국민의 건강과 보건에 대한 위해 방지가 의료인 면허제도의 입법취지이다. 주호노, 『의사법학론』 제2판, 법문사, 2019, 404면 참조.

45) 헌법재판소 2022. 7. 21. 2018헌바358 결정.

또한 비의료인의 의료행위를 예외적으로 인정하는 자격제도를 마련하는 것은 사회적으로 보건위생상 위협의 감수를 요하고 완전히 새로운 제도의 형성과 운영을 전제로 하기 때문에 상당한 사회적·경제적 비용을 발생시키는 것이므로 이는 입법재량의 영역이라고 봄으로써⁴⁶⁾ 새로운 법제 형성에 대해 보수적인 입장을 취하고 있다.

2. 판단기준 변화의 필요성

위와 같은 현행 무면허의료행위죄를 적용하는 실무를 반성적으로 살펴봄으로써 무엇이 의료행위인지 그리고 그 위험성에 대해 판단하는 기준에 관한 인식의 변화가 필요하다. 어떤 행위가 ‘사람의 생명, 신체나 공중위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위인가’를 판단할 때, 그 행위의 주체(신분)에 편중하지 않고 행위와 수단, 차원을 함께 빠짐없이 형평성 있게 고려하여 결정해야 한다. 즉 그 행위로 인해 초래될 수 있는 부작용의 위험이 합리적으로 관리되고 있는지에 따라 무면허의료행위에 해당되는지 여부가 좌우되어야 할 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 관점에서 보면, 의료인의 지시·감독 하에 의료인에 의해 부작용의 위험이 지배되는 상황에서 비의료인의 시술이 이루어지는 경우라면 그 행위의 부작용에 대한 위험이 합리적으로 관리될 수 있다는 점에서 ‘보건위생상 위해가 발생할 우려’가 있다고 보기 어렵기 때문에, 이를 합법적인 의료행위로 보는 것도 가능하다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

덧붙여 무면허 의료행위의 처벌 여부를 결정함에 있어 지금까지의 판단기준으로 가늠하기 어려운 경우에는 ‘의심스러울 때에는 환자의 이익으로’와 같은 원칙이 작용될 수 있을 것이다. 의료는 ‘최선의 진료’와 ‘치유’를 이상으로 삼고 있기에, 의료생활세계에서 해당 시술행위가 어떤 방식으로 행하여지고

46) 헌법재판소 2022. 3. 31 자 2017헌마1343, 2019헌마993, 2020헌마989, 1486, 2021헌마1213, 1385(병합) 결정.

47) 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 205면.

48) 이상돈, “무면허의료행위죄”, 171-172면.

있으며 의료소비자들이 이를 어떻게 수용하고 있는지, 그리고 그 위험성이 실제로 어떤 평가를 받고 있는지가 주된 판단기준이 되어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 이처럼 의료체계를 구성하는 주체들이 함께 문제를 극복해나가기 위해 의사소통과 상호작용하는 대화적 과정을 나눔으로써, 치료자와 환자가 질병의 치료를 위해 만나는 의료생활세계도 대화적으로 재생산되고 의료행위규범은 의사와 환자가 상호이해하고 상호승인할 수 있는 규범으로 재생산될 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

V. 결론

현행 의료법상의 국가의료면허체계는 고정되고 단일한 의료 관념에 기초하여, 국가가 의료영역을 통제하는 것을 가능하게 하고, 공식적인 의료체계에 대한 독점적이고 배타적인 지위를 보장해준다. 그러나 의료 또한 역사적으로 변천할 수밖에 없는 개념이고, 자연적으로 발생하여 발전하고 변화하며 소멸하는 다양한 의료인격과 의료행위에 대한 과도한 제약은 오히려 의료의 역사적 발전을 저해하는 것이라고 볼 수 있다.⁵¹⁾

건강관리서비스 산업이 급격하게 성장하고 있는 현대사회에서 피부관리사나 심리상담사, 음성치료사, 스포츠마사지사 등의 비의료인의 직업 활동이 늘어나고 있다. 비의료인이 의사와 계약을 맺어 의사 처방에 따른 기술을 보조하는 활동을 건강관리능력을 갖춘 직업인 사이의 협업으로 본다면, 이 협업은 의사가 직접 모든 건강관리서비스를 수행할 때에 비해 그 서비스 비용을 낮춤으로써 시민들의 접근성을 높이게 되어 시민의 복지에 기여할 수 있다.⁵²⁾

의료행위의 본질은 병의 치료라는 목표에 지향된 의사(치료자)와 환자의 상

49) 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 법철학연구(제13권 1호), 한국법철학회, 2010, 192면.

50) 이상돈, 『의료체계와 법』, 73-74면.

51) 정재연, “의료화의 역사에 대한 법사회학적 반성”, 205면.

52) 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 68-69면.

호작용이다. 환자가 자신의 병을 진실하게 표현하고 그에 대한 치료자의 조인에 성실히 따라 치료행위에 협조적으로 참여할 때 치료자와 환자 간의 '신뢰'를 바탕으로 '치료적 대화'가 전개된다.⁵³⁾ 치료자와 환자 간의 상호신뢰와 상호이해가 의료의 본질이 되어야 함을 일깨우는 치료적 대화의 지평을 고려할 때, 결국 다원적 의료인격들 사이에서 일어나는 협업의 가능성을 원천적으로 차단하지 않는 방향으로 나아가는 의료법 정책이 바람직하다고 할 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

마지막으로 형법은 그의 법익보호과제에 근거하여 형성되었고, 이 과제를 정형화하여 수행함으로써 정당화된다. 정형화한다는 말은 '정도를 지킨다' 또는 '필요한 만큼 제한한다'는 의미를 가지고 있다.⁵⁶⁾ 즉 형법은 사회통제의 전체체계 가운데서 그러한 사회통제를 위해 특히 정형화된 부분영역인 것을 철저하게 명심해야 한다.⁵⁷⁾ 따라서 형법적 제재를 가하는 의료형법으로서 의료법상 무면허의료행위죄는 환자의 생명과 신체라는 법익을 가장 앞세워 보호하기 위해 정형화된 법이라는 것을 잊지 말고, 그 법익을 보호하기 위해서 필요한 정도만큼만 의료행위를 제한하는 기본적 자세로 돌아가 적용되어야 할 것이다.

53) 이상돈, 『의료체계와 법』, 5면.

54) 정채연, "의료화의 역사에 대한 법사회학적 반성", 205면.

55) 의료의 '본질'로서 '치료적 대화'의 상호주관성에 대한 자세한 내용은 이상돈, 『의료체계와 법』, 6-7면, 김나경, "의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율", 178-186면 참조.

56) 배종대, 『형법총론』, 57-58면.

57) Winfried Hassemer, 배종대·이상돈 편역, 『형법정책-법치국가와 형법-』, 세창출판사, 1998, 156면.

[참고 문헌]

- 『의료법』 (법률 제17787호, 2020. 12. 29., 일부개정)
- 『보건범죄 단속에 관한 특별조치법』 (법률 제17761호, 2020. 12. 29., 타법개정)
- 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』 제13권 1호, 한국법철학회, 2010.
- 김나경·손홍수, “의료개념의 다층적 이해와 법”, 『의료법학』 제11권 2호, 대한 의료법학회, 2010.
- 문성제·이경환·원선애, “의료과오와 간호사책임”, 『한국의료법학회지』 제12권 1호, 한국의료법학회, 2004.
- 배종대, 『형법총론』 제12판, 홍문사, 2016.
- 배종대·홍영기, 『형사정책』 제1판, 홍문사, 2019.
- 이경환·김만오·한선우, “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제19권 2호, 한국의료법학회, 2011.
- 이상돈, “무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 『고려법학』 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003.
- _____, “의료개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』 제27호, 영남대학교 법학연구소, 2008.
- _____, 『의료체계와 법』, 고려대학교 출판부, 2000.
- _____, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성-무면허 의료 행위죄의 이데올로기 해체와 합리적 재구성-”, 『대한피부과학회지』 제42권 2호, 대한피부과학회, 2004.
- 이상돈·김나경, 『의료법강의』 제4판, 법문사, 2020.
- 이인영, “무면허의료행위에 관한 일 고찰”, 『한국의료법학회지』 제6권 1호, 한국 의료법학회, 1999.
- 장연화, “면허외 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임”, 『형사판례연구』 제20권, 한국형사판례연구회, 2012.
- 정채연, “의료화의 역사에 대한 법사회학적 반성-새로운 의료법 패러다임의 구상-”, 『법학논집』 제17권 3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.
- 주호노, 『의사법학론』 제2판, 법문사, 2019.

최민영, “배아연구와 형법적 보호범의 -독일과 한국의 예를 중심으로”, 『고려법학』 제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 『법학연구』 제51권 3호, 부산대학교 법학연구소, 2010.

Winfried Hassemer, 배종대·이상돈 편역, 『형법정책 -법치국가와 형법-』, 세창출판사, 1998.

[국문초록]

**무면허 의료행위 처벌에 관한 고찰
-의료인과 비의료인의 협업관계를 중심으로-**

윤서영(고려대학교 법학연구원, 연구원)

오늘날 의료체계는 질병의 치료만을 위한 체계가 아니라 종합적인 건강관리체계(health care system)로 변화하고 있다. 그러나 현행 의료법은 그런 ‘협업’도 무면허 의료행위라는 일탈행위로 낙인찍고, 의사의 위험관리영역에서 행위한 비의료인은 물론 그와 협업한 의료인까지도 무면허의료행위죄로 처벌하고 있다. 무면허 의료행위를 규제하는 법제도와 의료현실 사이의 간극을 좁히기 위해서는 무면허 의료행위를 이원적이고 국가주의적이며 신분중심적으로 규율하는 구조적 한계를 극복해야 한다. 무면허의료행위죄의 보호법익은 ‘사람의 생명, 신체’라는 개인적 법익뿐만 아니라 ‘국가의 의료인면허 제도의 유지·보호’라는 국가적 법익으로 이중적 성격을 가지는데, 여기서 유념해야 할 것은 형벌을 가하는 본죄들의 규정이 보호하는 법익의 판단기준은 본래 ‘인격적 법익론’에서 찾아야 한다는 점이다. 그리고 어떤 행위가 의료행위인지 그리고 그 위험성을 판단할 때 행위의 주체(신분)에 편중하지 않고 행위와 수단의 차원을 함께 빠짐없이 형평성 있게 고려해야 한다. 즉 그 행위로 인해 초래될 수 있는 부작용의 위험이 합리적으로 관리되고 있는지에 따라 무면허의료행위에 해당되는지 여부가 좌우되어야 할 것이다. 의료의 본질이 치료자와 환자 간의 상호신뢰와 상호이해가 되어야 함을 일깨우는 치료적 대화의 지평을 고려할 때, 의료법 정책은 다원적 의료인격들 사이에서 일어나는 협업의 가능성을 원천적으로 차단하지 않는 방향으로 나아가야 바람직하다고 할 것이다.

주제어: 의료법, 무면허 의료행위, 비의료인, 의료체계, 치료적 대화

A Study on the Punishment of Unlicensed Medical Practice -Focusing on Collaboration between Medical and Non-medical Personnel-

Yoon, Suh-Young

Korea University Legal Research Institute, Researcher

=ABSTRACT=

Today, the medical system is changing into a comprehensive health care system in which collaborative relationships between medical professionals and non-medical personnels in neighboring occupational areas. The current medical act brands such “collaboration” as unlicensed medical practice, and punishes non-medical personnel who acted in the risk management of doctors as well as doctors collaborated with non-medical personnel as unlicensed medical practice. In order to narrow the gap between the legal system that regulates unlicensed medical practices and the medical reality, it is necessary to overcome the structural limitations of dualistic, nationalistic, and identity-oriented regulation of unlicensed medical practices. The legal interests of unlicensed medical practice have a dual nature as a personal legal interest of “human life and body” as well as a national legal interest of “maintenance and protection of the nation’s medical license system”, and it should be noted that the criteria for judging the legal interests protected by the regulations of criminal punishment should be found in “personal legal interest theory.” In addition, when determining which behavior is a medical practice and evaluating its risk, the dimension of behavior and measures should be considered in a fair manner without being biased against the subject (identity) of the action. In other words, judging unlicensed medical practice should depend on whether the risk of side effects that may result from the act is reasonably managed. Considering the prospect of therapeutic dialogue between medical professionals and patients, it would be desirable for medical law policies to move in a way that does not fundamentally block the possibility of collaboration among pluralistic medical personalities.

Keyword : Medical service act, Unlicensed medical practice, Non-medical personnel, Medical system, Therapeutic dialogue