

의료행위의 범위와 안마행위규제의 위헌성

- 대상판결: 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가16결정 -
(위헌제청법원: 서울지법 2002노5047 의료범위반사건)

신 현 호*

I. 사건개요	III. 평석
1. 사고경위	1. 문제의 제기
2. 당사자 의견	2. 의료행위의 범위에 대하여
II. 결정	3. 안마행위의 경찰금지
1. 주문	4. 위임입법의 한계
2. 결정이유	5. 결론

I. 사건개요

1. 사고경위

(1) 사건의 개요

서울지검은 피고인A에 대하여 '안마사 자격 없이 영리를 목적으로, 2001. 3. 9. 봉사료를 받고 고객에게 안마시술을 하였다.'는 의료범위반 혐의로 약식기소하자, A는 정식재판을 청구하였다. 항소심인 서울지법 항소부는 재판의 전제가 된 의료법 제67조, 제61조 제1항이 처벌법규위임의 한계를 일탈하고, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다는 이유로 직권으로 헌법재판소에 위 법률조항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

(2) 심판대상

*변호사

심판대상조항은,

① 구 의료법(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 후 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라고 부른다) 제67조 중 "제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자" 부분.¹⁾

② 법 제61조 제1항.

③ 법 제61조 제4항 등 3개 조항이다.²⁾

2. 당사자 의견

(1) 제청법원의 제청이유

가. 위임입법 요건(긴급, 불가피성) 결여

'안마사의 자격인정요건을 보건복지부령으로 정하도록 하면서 자격인정을 받지 않고 안마행위를 하면 처벌하도록 하는 것은 법률이 처벌요건을 하위법규에 결국 위임한 것인데 이러한 위임은 위임입법을 하지 않으면 안 될 긴급한 필요 또는 부득이한 사정이 있어야 허용될 것인바, 안마사의 자격요건은 주변상황에 따라 수시로 변경되어야 할 내용이 아니어서 긴급한 필요성이 있다고 볼 수 없고 자격요건에 관한 사항의 규율이 그다지 복잡해야 할 이유가 없으므로 이를 하위법규에 위임하여야 할 부득이한 사정이 있는 경우라고 보기도 어렵다.'

나. 포괄위임입법 금지 및 죄형법정주의 원칙 위반

'의료법 제61조 제1항에서 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받을 것을 요구하고 있을 뿐 그 외에 별다른 내용을 규정하지 않고 있고, 같은 법 제61조 제4항 역시 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본적인 사항을 구체적으로 규정하지 않은 채 자격인정의 기준을

1) 제67조(벌칙) 제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2) 제61조 (안마사) ① 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

④ 안마사의 자격인정, 그 업무한계 및 안마시술소의 시설기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

보건복지부령에 위임하고 있는바, 이는 적법한 안마행위를 하기 위하여 필요한 자격요건에 대하여 기본적인 내용도 규정하지 않은 것으로서 하위법규에 규정될 내용의 대강을 의료법 그 자체에 의해 예측할 수 없는 경우에 해당하여 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.

또한 의사, 조산사, 간호사 등에 대한 자격요건을 의료법 자체가 상세히 규정하면서도 안마사에 대해서만 그 자격인정요건을 법률이 규정하지 않은 것도 불균형하고 불합리하다.

나아가, 영리목적으로 안마행위를 한 것인지 여부에 관해서도 무엇이 안마행위인지에 관한 정의규정이나 이를 추론할 수 있는 규정이 법률에 없으므로 어떠한 행위가 영리목적의 안마행위에 해당하는지를 예측하기 어렵고 그에 따라 법률만을 놓고 보면 유사개념과의 차이에 대한 판별이 극히 곤란하며 적용대상이 매우 모호하게 된다.’

(2) 이해관계인

가. 법무부장관

의료법과 안마사에 관한 규칙상 교육과정 및 교육기관 등 인정근거규정은 명확하다. 단, 극소수를 차지하는 시각장애인에 대한 안마시술 교육기관이 비체계적이고, 시대상황에 따라 변동가능성이 커서 입법기술상 법률규정과 그 규정형식 및 실질을 달리 할 수밖에 없다.

나. 보건복지부장관

① 허용요건 결여

스포츠맛사지에 대한 허용규정이 없다.

즉, 안마사자격인정이 포괄적이어서 위헌이라고 가정하여 의료법 제67조에서, “제61조 제1항의 규정에 의한” 부분을 삭제하여도 안마사의 자격인정 없이 누구라도 안마행위를 할 수 있게 허용되는 것은 아니기 때문에 피고인은 의료법에 의한 처벌을 면할 수 없는 것이다.

또한 위 의료법 제61조 제1항 및 제4항은 처벌법규가 아니므로 이를 죄형법적주의의 처벌법규로 보아 위임의 구체성을 논하는 것도 부당하다.

② 개념의 명확성

‘안마’라는 용어는 일상에서 보편적으로 사용되고 있어 불명확하다고 할 수도 없다.

다. 노동부장관

시각장애인에 대한 복지정책의 일환이므로 안마사직업은 확보되어야 한다.

라. 대한의사협회 및 대한한 의사협회

최근 스포츠 마사지사, 건강관리사, 운동 처방사, 경락마사지사, 생활건강 관리사, 발관리사, 카이로프랙틱사 등의 유사의료행위 내지 유사안마행위가 범람하고 있는데, 이들을 모두 합법화하면, ① 의료법상의 자격을 갖춘 물리치료사 등 의료기사들은 독립된 업소 개설권을 갖지 못하고 의사의 지도, 감독 하에 치료보조행위만을 할 수 있음에 반하여 단기간의 사설교육과정을 거친 유사안마행위자들은 독립된 업소개설권을 갖게 되어 기존 의료제도를 크게 위협하게 될 것이고, ② 유사안마업자들로 인해 의료사고 발생의 위험성이 높아 치명적인 피해를 입는 환자들이 양산될 우려가 있으며, ③ 국민들의 건강을 무면허의료인에게 맡기게 되는 것으로 국가의 의료정책에 반하게 된다.

마. 사단법인 대한안마사협회

이 사건 의료법 규정은 처벌법규위임의 한계를 위반한 것이 아니고, 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 반하지 않는다.

II. 결 정

1. 주 문

구 의료법(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 후 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제67조 중 “제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자” 부분과 제61조 제1항 및 제4항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

위 결정은 9명의 헌법재판관 중 4명이 합헌, 5명이 위헌의견을 제시하였다.³⁾ 그러나 헌법재판소법 제23조 제2항에서 위헌결정은 '재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.'는 규정에 의하여 주문과 같이 합헌으로 결정 났기 때문에, 향후 유사사건에서 변경될 가능성이 있다.

2. 결정이유

헌법재판소는 의료법 제67조의 위헌여부는 동법 제61조 제4항의 위헌여부에 의하여 결정되므로 따로 논의할 필요가 없다고 전제하고, 동법 제61조 제4항에 관한 판단만을 하였다.

헌법재판관들은 안마사의 자격인정제도 자체에 대하여는 합헌으로 보나, 다만 안마사의 자격인정제도를 전제로 할 때에 자격인정의 요건을 법률이 직접 정하지 아니하고 이를 하위법규에 포괄적으로 위임하는 것이 위헌인가 여부에 대하여 견해가 나뉘었다.

위헌제청법원은 법 제61조 제1항이 "안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다."고 규정하면서 이어 그 제4항에서 안마사의 자격인정에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있는데 이러한 위임은 헌법상의 포괄위임금지규정을 위반하는 것이라고 한다. 즉, '정상 시력을 가진 자는 안마사 자격을 원천적으로 받을 수 없도록 이를 제외하는 기준 내지 범위를 설정하고 있는 비맹제외기준(非盲除外基準)이 포괄위임입법금지 및 죄형법정주의 위반으로 위헌의 의심이 있다.'는 제청이유에 대한 판단이다.

(1) 합헌의견

첫째 입법재량의 문제이다.

경찰허가의 기준을 반드시 법률로 정해야 하는 것은 아니고,⁴⁾ 법률의 위임조항에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하지 않았다고 하더라도

3) 재판관 한대현, 하경철, 김효종, 송인중 등 4명이 합헌을, 재판관 운영철, 김영일, 권성, 김경일, 주선희 등 5명이 위헌의견을 주장했다.

4) 헌법재판소 1998. 11. 26.선고 97헌바31결정

당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없고,⁵⁾ 또한 입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있으며, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.⁶⁾ '안마사 자격인정 제도는 안마사업에 종사할 수 있는 국민들의 직업선택의 자유를 일반적으로 금지한 후 그와 같이 금지된 직업선택의 자유를 법령이 정하는 바에 의해 일정한 경우에 한해 회복시켜 주는 이른바 강화상의 허가에 해당하는 것이므로 본래 그 허가기준을 반드시 법률로 상세히 정해야 하는 것은 아니다. 즉 법률에서 자격인정을 받아야 안마사업을 할 수 있다는 점을 규정하기만 하면 그것으로 위임입법의 기준을 충족한다고 해야 하며, 따라서 자격인정의 구체적인 대상이나 요건 등을 행정부에서 정하도록 법률로 위임하는 것도 허용된다고 해야 한다. 그리고 입법자로부터 그러한 위임을 받은 행정부는 시행규칙을 제정하여 안마사 자격인정을 받을 수 있는 대상자를 특정할 권한도 위임받은 것이라고 보아야 한다. 이에 따라 행정부의 장애인 복지 시책 일환으로 안마사의 자격을 시각장애인에 한해 부여하는 것도 행정부의 정책적 판단에 달린 일이라고 해야 한다... 자격인정의 기준은 적정한 안마행위를 통하여 국민의 건강을 보호하고 증진시킬 수 있는 자, 즉 안마에 관한 소정의 교육을 받은 자나 특히 안마행위를 하기에 적합한 전문적 기술이나 신체적 조건을 갖춘 자 등에게만 자격을 인정하리라는 것을 일반인이 충분히 예견할 수 있다고 보인다. 이처럼 의료법의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항인 법 제61조 제1항 및 제4항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있는 이상, 위 법률 조항이 비맹 제외 기준과 같은 안마사의 자격인정 요건을 구체적으로 정하지 않았다는 이유만으로 의회유보 원칙 내지 포괄

5) 헌법재판소 1994. 7. 29.선고 93헌가12결정 등

6) 헌법재판소 1996. 4. 25.선고 94헌마129, 95헌마121.결정

위임입법금지 원칙에 위반된 것이라고 할 수는 없다.'고 하였다.

둘째, 안마사의 자격에 관하여는 비맹 제외의 기준이 오래 전부터 사회적 관습으로 형성되어 있고 국민의 법의식도 이와 일치되어 이러한 사회적 관습과 국민의 법의식을 기초로 하고 있다. 안마사자격인정제도는 연혁적으로 시각장애인에게만 인정된다는 사회적 인식이 자리를 잡았다. '위임법률이 헌법상의 의회유보 원칙 내지 포괄위임입법금지 원칙에 위반되는지 여부는 법률 적용 현실을 무시한 채 형식논리에 집착하여 법률 문언만을 가지고 판단해서는 아니 되고, 당해 법률이 생활세계에 적용되는 구체적 현실과 연혁, 그에 따라 형성된 국민의 법의식 및 그 법률 적용의 역사에 대한 신뢰보호 등의 관점에 비추어서도 판단해야 할 것이다. 이를 위해 우선 안마사제도의 시행 역사를 살펴보면... 안마사제도는 1914. 10. 29. 조선총독부 경무총감부령 제10호 안마술, 침술, 구술영업취체규칙에서 안마사의 자격제도를 마련하여 시각장애인에게 적합한 직종으로 육성한 이래 앞을 보지 못하는 사람에 한해 안마사의 자격인정을 받을 수 있도록 규정하였고, 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 전문 개정된 의료법 제67조에서부터 무허가 안마업을 한 자를 형사처벌하기 시작하였다... 이상과 같은 장구한 안마사제도의 시행 역사에서 알 수 있는 바와 같이 일반인들의 의식에도 안마사는 원칙적으로 시각장애인에게 허용되는 업종이라는 법의식이 형성되어 왔다고 할 수 있으며, 시각장애인들도 안마사업은 원칙적으로 자신들에게 허가되는 업종이라고 여겨 그에 관한 정부정책에 대해 신뢰를 형성해 왔다고 할 수 있다. 그렇다면 안마시술은 시각장애인이 하는 것이라는 사회적 관습과 국민의 법의식이 존재하여 그러한 관습과 법의식을 밑바탕에 깔고 이 조항이 입법된 것이며, 비맹 제외라는 기준이 비록 법 제61조 제4항의 문언에 표시되어 있지 않았다고 하더라도 그러한 정부정책에 대한 시각장애인들의 신뢰를 보호할 필요가 있다는 점 등에서 볼 때, 안마사에관한규칙 제3조가 비맹 제외 기준을 설정한 것은 법 제61조 제4항에 내포된 의미를 확인하는 것이고 이는 국민들이 능히 예상할 수 있는 내용이라고 하겠다. 그러므로 이와 반대로 국민들이 이를 예상하기 어려운 것임을 전제로 법 제61조 제4항이 아무런 범위의 제한 없이 위임을 하여 위헌이라는 주장은 이유가 없게 된다.

셋째, 안마사는 복지정책상 시각장애인만이 하도록 독점성을 주는 것이 옳다.

‘시각장애인의 경우에는 안마사 이외에 다른 직업을 가지기 어려운 반면 시각장애인 아닌 자들은 안마사 자격대상에서 배제되더라도 다른 직업을 얻을 수 있으므로, 시각장애인 아닌 자들의 안마사업에 대한 직업선택의 자유권을 보호하는 것과는 비교할 수 없을 만큼 시각장애인들의 인간다운 생활을 할 권리를 보장해 주는 것이 우선되어야 한다. 그에 따라 시각장애인들에 대한 우대조치를 취하는 것이 헌법 제34조에 의해 선언된 사회국가원리에 따라 장애인들을 특별히 보호해야 할 국가의 의무를 이행하는 것이 된다는 점 등에 비추어 보아도, 시각장애인에 한해 안마사 자격을 인정하는 위 안마사에관한규칙 제3조의 근거인 이 사건 의료법 규정을 헌법에 위반된 것이라고 볼 수는 없다고 하겠다.’

(2) 위헌의견

첫째, 비맹 제외 기준은 국민의 직업선택의 자유권을 침해하는 것으로 법률에 의하여 제한하여야 한다.

‘비맹 제외 기준을 안마사의 자격인정요건으로 설정하고 있는 것은 국민들이 안마사 직업을 자유로이 선택할 수 없도록 제한하는 것이므로 이는 기본권의 제한과 관련된 중요하고도 본질적인 사항이어서 마땅히 법률로 정하는 것이 원칙(이른바 의회유보의 원칙)이고 하위법규에 그 입법을 위임할 수는 없는 문제’ 이므로 위헌이다.

둘째, 사회인식이 비맹 제외로 정착되었는지도 모르지만, 가사 그렇다고 하여도 사회인식만으로 위임사항에 대한 추정을 할 수는 없다. ‘안마사의 자격인정에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다고 위임을 하면서도 위임사항에 관하여 구체적인 범위를 전혀 정한 바가 없다. 그러므로 국민들로서는 하위법규에서 구체적으로 정하여질 안마사의 자격인정요건이 어떤 것이 될 것인지를 법 제61조 제4항만에 의하여서는 도저히 예측할 수 없다. 뿐만 아니라 의료법의 다른 규정 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아도 안마사의 자격인정요건의 기본적 윤곽을 짐작케 하는 아무런 단서를 발견할 수 없다. 법률규정의 문언에는 전혀 제시되지 않은 기본권제한의 사유를, 더

구나 이를 위반하는 경우에는 형사처벌까지 수반되는 그러한 기본권제한의 사유를, 사회적 관습과 국민의 법의식에 기초하여 해석으로 추출하여 내는 것은 법치국가적 원리와 죄형법정주의의 원칙에 위배되므로 쉽게 허용할 일이 아니다. 더구나 사회적 관습과 국민의 법의식이라고 하는 것은 다양하게 평가될 수 있고 가변적이므로 그 내용을 확정하는 것이 결코 쉽지 않다는 점을 고려하면 국민들이 이 조항 속에 비맹 제외의 기준이 내포되어 있다는 것을 알기란 결코 쉬운 일이 아니다. 뿐만 아니라 이 조항의 경우에는 비맹 제외 기준과 같은 것을 법률에 직접 규정하여서는 곤란한 무슨 부득이한 사정이 있다고 보기 어렵고 이 기준이 성질상 행정입법에 의하여 탄력적으로 대처할 긴급한 필요성이 있는 사유라고 보기도 어렵다.’ 면서 법 제61조 제1항 및 제4항은 입법위임의 헌법상 한계를 일탈하여 위헌이라고 하였다.

III. 평 석

1. 문제의 제기

이건 위헌법률심판청구는 형식적으로 볼 때 ‘안마행위에 대한 경찰금지가 기본권을 침해하는 것이 아니냐’ 하는 작은 문제 같지만, 실질적으로는 ‘의료행위의 범위를 어디까지로 한계지울 것인가’ 하는 점에 있기 때문에 우리나라 전체의 보건의료법체계를 근본적으로 흔들 수 있는 중요한 논쟁의 시발이다.

우리 판례는 의료행위의 범위가 지나치게 넓게 인정하여, 무면허의료행위를 일률적으로 금지하면서 이를 위반한 경우에 무거운 형사처벌을 가하고 있어, 대체의료행위자, 자연요법치료사·비맹안마사·카이로프랙틱사·침구사·접골사 등 의료유사업자들의 불만이 상당히 높아왔다.⁷⁾

7) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2807판결은 대체의료행위에 대하여는 처벌하지 말아야 한다는 대체의료행위자의 주장에 대하여 ‘대체의학이 사람의 정신적, 육체적 고통을 해소하여 주는 기능이 전혀 없지 아니하다 하여도, 그것은 단순히 통증을 완화시켜 주는 정도의 수준을 넘어서서, 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생의 위해라는 중대한 부작용을 발생시킬 소지가 크다 할 것이어서, 이는 쉽게 허용될 수 없다고 하면서 유죄를 선고하였다.

우리 의료법은 의료행위의 범위에 대한 규정을 명확히 하지 않은 채 법률해석에 맡겼고, 판례나 학설은 의료행위의 정의나 범위, 한계 등 그 개념규정에 대한 확정도 없이 의료계약이나 의료소송에서의 입증책임 등에 대한 판단과 논의만을 하여 왔다는데 문제의 소지가 크다.⁸⁾

판례와 학설은 입증책임의 경감에 관한 이론을 중심으로 주로 논의하여 오고 있는 이유는 의사-환자관계에 관한 종래의 이론이 의료소송을 둘러싼 문제, 즉 의사의 책임추궁을 쉽게 하기 위한 소송법상 입증책임의 감경, 면제 쪽으로 법률구성을 집중하였기 때문이다. 그 이유는 의료계약의 법적성질이나 본질에 관한 검토보다는 어떻게 이론구성을 하면 소송상 환자측에 유리하게 이론을 구성할 수 있을 것인가에 대해서 검토되어 온 것에 있다고 생각된다. 이는 그동안 의료과실책임을 불법행위책임으로 구성하다가 채무불이행책임이론을 적용하는 것이 환자측에 유리하다는 학설의 등장에서도 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 이러한 학설은 의료과실책임을 채무불이행책임으로 구성하면서 의료계약의 본질이 무엇인지를 밝히려는 것이 아니다. 다만 환자측의 피해를 쉽게 구제하려 할 때 위임계약으로 보는 것이 유리한 지, 고용계약으로 보는 것이 유리한 지, 무명계약으로 보는 것이 유리한 지에만 관심을 가진 것이다.⁹⁾

그러나 의료행위의 범위와 한계를 설정하는 일은 의료계약의 본질이나 입증책임의 부담 뿐 아니라 우리나라의 보건의료정책, 나아가 학문과 사회 발전에 심대한 영향을 끼치는 것이므로 이에 대한 적극적인 이론개발과 사회적 합의가 필요하다. 의료행위의 범위를 설정하지 않은 채 의료계약이 무엇인지, 의료과실이나 입증책임 소재 등을 운운 하는 것은 주객이 전도된 논쟁으로 전략할 우려가 있다.

8) 이건은 실제로 의료행위의 범위와 한계를 둘러싼 소송으로서 현재도 유사한 사건이 여러 건 제기되고 있다. 안마업계는 물론이고, 의료계에서도 안마업의 독점성이 풀릴 경우 문신이나 침구·접골 등에 관한 유사소송이 대량으로 제기 될 우려를 하고 있고, 한편 카이로프랙틱사나 마사지사도 경찰금지의 완전해제가 아니라 일정한 자격요건 하에서 영업을 하여야 한다고 하여 나름대로의 배타적 이익을 확보하려고 한다.

9) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997, 130쪽

2. 의료행위의 범위에 대하여

(1) 의료행위의 개념

의료법제12조 제1항에 의료행위에 관하여 '의료인이 행하는 의료, 조산, 간호 등 의료기술의 시행을 말한다.'고 규정하고 있으나, 의료행위의 실질적 개념에 대하여는 법적으로 아무런 정의를 내리고 있지 않다.¹⁰⁾ 이와 같이 의료행위의 실질적 개념에 대하여 의료법이 정의를 내리지 않고 있는 이유는 의료 또는 의료행위의 복잡다양성, 진보·발전성 때문에 의료행위의 개념에 탄력성을 부여하기 위한 목적도 있지만, 입법기술적으로도 정의내리기도 어렵기 때문이다. 그렇다고 의료법제25조에 무면허의료행위를 금지하고, 이를 위반할 경우에는 의료법이나 보건범죄단속에관한 특별조치법에 의한 엄격한 형사처벌을 가하고 있는 점에서 죄형법정주의에 위반될 소지가 있어, 이에 대하여 정의와 범위 설정이 필요하다.

학설상 의료행의 개념에 대하여 첫째, 사람의 질병의 진찰·치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위라고 하여 가장 좁게 보는 설,¹¹⁾ 둘째, 현대의학을 기준으로 하여 그 이론을 임상에 응용하는 행위로서 사람의 질병의 진찰·치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위라라고 하는 설,¹²⁾ 셋째, 의사의 의학적 판단 및 기술로서 행하지 아니하면 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위라고 하여 가장 폭넓게 보는 설 등이 대립하고 있다.

의료행위의 개념은 역사와 시대의 변화에 따라 변화하는 것이고, 결국

10) 대한간호사협회에서 입법추진중인 간호사법(안) 제2조에서도 간호행위의 정의에 대하여 '간호라 함은 국민을 신체적, 정신적, 사회적으로 건강한 상태로 회복, 유지, 증진시키기 위하여 간호사가 행하는 모든 활동을 말한다'고 하고, 제24조에서 간호사의 업무는 '간호사는 개인, 집단, 가족, 지역사회를 대상으로 1. 건강요구의 사정, 간호진단, 계획, 수행, 평가, 2. 건강의 유지, 증진, 회복을 위한 직·간접적 간호행위, 3. 상담 및 교육, 4. 의학적 처방 수행, 5. 타 보건의료인과의 협동 및 관리' 등의 행위를 한다고 규정하고 있지만 구체적으로 무엇을 어떻게 하는 것이 간호행위인지에 대한 개념규정은 하지 않고 있다.

11) 대법원 1972. 3. 28.선고 72도342판결이 이에 따른 것으로 보인다.

12) 일본의사회는 1969년 의료의 개념에 관하여 '의학을 사회적으로 적용하는 것이며, 건강할 때의 건강 양호를 출발점으로 건강 파탄의 예방, 질병 발생시의 대책, 건강 파탄으로부터의 회복, 재생을 포괄하여, 모자 위생, 영유아의 영양, 학교 보건, 산업 보건, 생활 환경의 조성 등 광범위한 것을 포함한다.' 규정한 바, 2설을 취하는 듯하다.

그 개념은 의학의 발달과 사회 구조의 복잡, 다양화, 사회 및 개인의 가치관의 다양화 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 판례를 통하여 구체적 사안에 따라 정할 수밖에 없다. 의료행위의 범위는 의학의 진보와 의료기술의 혁신, 의료에 대한 개인 내지 사회의 기대의 변화 등에 따라서 역사적으로 다양한 변천을 겪어 왔고 장래에도 그 변천이 예기된다. 대법원은 한 때 성형수술에 대해서는 애초에 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라고 할 수 없다¹³⁾고 하였다 그러나 곧 이어 그 견해를 바꾸어 의료행위에 해당한다고 판시¹⁴⁾한 것은 위와 같은 발전적 성격을 나타낸 것이라고 하겠다.

총래 첫 번째 설이 통설로 되어 있었으나, 우리 법원은 '의료법 제25조 제1항 소정의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는 것이다.'라고 판시하여 의료행위의 범위를 대폭 확장하고 있는 세 번째 설을 취하고 있다.¹⁵⁾

그러한 의료행위의 내용은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 구체적인 사안에 있어서 그것이 의료행위에 해당하는지 여부는 "의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호 증진함을 목적"으로 하는 의료법 제1조의 입법 취지와 의료행위를 의사 등 의료인에게만 독점허용하고 있는 의료법 제25조의 규정 취지를 고려하여 의학적 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떠한 시술행위를 허용하는 경우 사람의 생명이나 신체 또는 일반의 보건위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는지 여부에 의하여 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이다.¹⁶⁾ 즉 의료행위라는 것이 한편으로는 건강증진과 인체의 치료효과를 가져오는 행위이기는 하지만 다른 한편으로는 그러한 목적을 달성하기 위하여 필요

13) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342판결

14) 대법원 1974. 2. 26. 선고 74도1114판결

15) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219판결, 대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190판결, 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가7결정 등

16) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114판결

한 최소한의 범위 내에서의 신체침해를 수반하기 때문이므로 실제 사건에 있어서 당해 행위가 의료행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그와 같은 이익과 침해의 정도, 침해의 위험성과 사회적 허용성, 당해 행위의 실제적 유용성 여부 등에 관하여 균형 있는 판단이 요구된다.

(2) 의료행위의 범위

의료행위는 질병의 치료와 예방, 건강의 증진 등을 목적으로 하는 행위이나 인체에 대한 침습성, 부작용의 발생 등 의료행위의 특성상 일정한 자격을 취득한 의료인에 한하여 의료행위를 허용하고 있다.

우선 판례상 나타난 무면허 의료행위의 태양을 살펴보면 ① 한의사 면허 없는 자가 한 침술행위¹⁷⁾, ② 의료인이 아닌 자가 질병의 치료를 위하여 행한 별침, 쑥뜸, 찜질 등의 시술행위¹⁸⁾, ③ 활법 종목의 사회체육지도자 자격증을 가진 자가 신체불균형을 교정한다 하여 기공, 압박 등의 시술을 반복한 행위¹⁹⁾, ④ 활법사가 소위 카이로프라틱을 행한 다음 뜸질포대로 뜸질을 한 경우²⁰⁾, ⑤ 면허 없이 체육관내에 척추교정실을 설치하고 디스크환자 등을 치료하여 준 경우²¹⁾, ⑥ 면허 없는 자가 양손으로 환부를 눌러 빼어진 뼈를 교정하고 환부에 안티푸라민을 발라주는 행위²²⁾, ⑦ 활기도운동이라는 명목 하에 척추디스크 등 환자들의 통증부위를 교정하는 시술을 반복하는 경우²³⁾, ⑧ 근육이완기구, 엑스레이 관독기, 척추모형 등을 갖추고 척추에 이상이 있는 환자에게 근육이완기로 문지르고 아픈 부

17) 대법원 2003. 5. 3. 선고 2003도939판결, 2002. 12. 26. 선고 2002도5077판결, 1994. 12. 27. 선고 94도78판결 등 다수, 다만 대법원은 수지침에 대하여는 '수지침 시술행위도 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당된다'고 하면서도, '수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어려워, 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다'고 하여 무죄를 선고한바 있다.

18) 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432판결, 1992. 10. 13. 선고 92도1892판결 등 다수

19) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94도1325판결, 2002. 5. 10. 선고 2000도2807판결

20) 대법원 1985. 5. 28. 선고 84도2135판결

21) 대법원 1987. 4. 28. 선고 97도286판결

22) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86도2270판결

23) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942판결

위를 누르고 팔다리를 최대한 구부리게 하여 신경생리기능의 회복을 꾀하는 행위²⁴⁾, ⑨ 피부관리사가 산화알루미늄 성분의 연마제가 든 크리스탈 필링기를 사용하여 얼굴피부박피술을 시행한 행위²⁵⁾ 또는 의약품을 사용하여 표피전부를 벗기는 박피술의 시행²⁶⁾, ⑩ 시력을 회복하기 위하여 가압식미용기로 안면을 맞사지 하는 행위²⁷⁾, ⑪ 정신신경질환자나 언어장애자 등을 모아 놓고 하는 암시, 최면, 호흡, 정신안정 및 약물투여 등의 치료행위²⁸⁾, ⑫ 면허 없는 자가 진맥을 하고 어깨 및 허리 등을 눌러 본 뒤 신경성 심장병이라고 진단하면서 연뿌리 등을 조제하여 먹어보라고 한 행위²⁹⁾, ⑬ 건강보조식품판매업자가 체질검사를 하여 체질에 맞는 식이요법이나 운동요법을 곁들여 전문적인 다이어트 관리를 해주겠다고 하면서 의료기기인 체지방측정기를 사용하여 고객의 체지방분포율과 비만도를 측정하는 한편 고객의 체질 및 증상에 대한 72개 항목의 질문사항이 기재되어 있는 고객기록카드를 작성하게 하고, 살을 빼는 데 효능이 있다는 아무런 검증결과가 없고 오히려 이를 남용할 경우 설사 등의 부작용이 있는 건강보조식품 5, 6종 등을 마치 비만을 치유하는 데 효력이 있는 것처럼 판매를 하고, 위 식품을 복용한 고객들이 복통과 구토, 설사 등의 증상을 호소하자 그 대처방법이나 복용방법의 변경 등을 상담한 행위³⁰⁾ 등이 있다.

보건의료인 또는 의료기사라고 하더라도 면허범위를 벗어난 의료행위는 무면허의료행위가 된다. 판례는 ① 조산사가 임부의 질구를 열바늘 봉합하여야 할 정도로 절개하고 분만시키거나,³¹⁾ 질염 치료나 임신중절수술 및 그 수술 후의 처치 등을 한 경우,³²⁾ ② 일반적인 의약품은 조제할 수 없고 단지 기성 한약서에 수재된 처방이나 한의사의 처방전에 의해서만

24) 대법원 1989. 1. 31. 선고 88도2032판결

25) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903판결

26) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93도2544판결

27) 대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190판결

28) 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도835판결

29) 대법원 1981. 12. 22. 선고 80도2974판결

30) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도6130판결

31) 대법원 1988. 9. 13. 선고 84도2316판결

32) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92도848판결

한약을 혼합 판매할 수밖에 없는 한약업사가 독자적으로 진단하여 한약을 처방·조제하거나,³³⁾ 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하거나,³⁴⁾ 환자의 콧속에 전등을 비추어 관찰한 후 비염이라고 진단을 하고 한의서에 기재된 한약을 조제하는 경우,³⁵⁾ ③ 약사가 직접 또는 서신으로 환자의 병세를 묻고 진단을 하여 치료약을 제조 판매한 행위,³⁶⁾ ④ 물리치료사가 환자의 좌측 옆구리에 길이 약 6cm 가량의 침 4개를 0.5cm 깊이로 꽂는 행위,³⁷⁾ ⑤ 방사선사가 의사의 지시에 따라 MRI검사에 필요한 조영제를 환자에게 주사한 행위³⁸⁾ 등은 면허범위를 벗어난 의료행위로서 무면허의료행위에 해당된다고 판시하였다. 대법원은 또한 간호보조원이나 치과기공사가 의사의 지시를 받아 환부의 엑스레이를 찍고 발치·주사·투약 등을 하였다면 무면허 의료행위에 해당된다고 하였다.³⁹⁾

한방병원에 CT, MRI촬영기를 설치하고, 한의사가 방사선기사에게 촬영을 지시한 경우에도 처벌된다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 의료기사등에관한법률 제1조에는 「의사」 또는 「치과의사」만이 방사선사를 지도하여 진료 또는 의화학적 검사에 종사' 하게 할 수 있기 때문에 한의사는 방사선사를 지도할 수

33) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153판결

34) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234판결

35) 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156판결

36) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449판결, 1980. 9. 9. 선고 80도1157판결.

37) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2014판결

38) 대법원 2000. 4. 7. 선고 98두11779판결

39) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도749판결

40) K한방병원에서 CT기를 설치하고 방사선사를 고용하여 무료로 내원환자들의 복부비만도를 측정하여 준 행위에 대하여 해당 보건소장이 무면허의료행위를 하였다는 이유로 3개월간 업무정지처분을 2004. 4. 6.자로 내리자, K한방병원이 서울행정법원 2004구합 10715호로 업무정지처분취소청구소송을 제기하면서 의료기사등에관한법률이 국민의 치료받을 권리, 한의사의 직업선택의 자유권을 침해하는 위헌적 요소가 있다고 하여 위헌제청신청이 되었다. 대한의사협회와 대한병원협회에서는 '한의사는 법적, 의학적, 국민건강 관리적, 경제적, 의료제도적 이유로 CT를 설치, 운영, 판독 및 의뢰할 수 없다.'고 하면서 불법의료행위라고 주장한 반면, 보건복지부는 '한방의료행위의 범위 및 한방의료기관에서의 의료기기 사용여부에 관한 질의회신'을 통해 '한의사의 CT촬영, 초음파검사 등은 한방의료행위로 볼 수 없으나 환자진료와 관계없이 대상자의 동의를 얻어 한의학 적 임상연구목적으로 이를 행했다면 한의사의 면허된 이외의 의료행위라고 단정할 수 없다.' 하여 유보적인 태도를 취하고 있어 헌법재판소의 판단에 귀추가 주목된다. 2004. 6. 17.자 의협신문, 병원신문 및 의사신문 각 보도, 2004. 7. 15.자 의협신문보도 참조

있는 자격이 없어 무면허의료행위에 해당된다.

가검물채취 및 방사선촬영은 의료법 제25조 소정의 의료행위에 해당하므로 의료인이 아닌자는 이를 할 수 없다 할 것이나, 의료기사등에관한법률에 의하면 임상병리사, 방사선사 등의 의료기사는 의사의 지도 하에 진료 또는 의화학적 검사에 종사할 수 있도록 되어 있으므로 임상병리사 등 의료기사들이 의사의 지도 하에 행한 채혈, 채변 기타 가검물채취 및 방사선촬영 등의 행위는 무자격자로서의 의료행위에 해당하지 아니한다.⁴¹⁾

한편 대법원은 ① 환자들에게 질병을 낫게 해 달라고 기도하고 환부나 다른 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져주는 이른 바 안수기도나,⁴²⁾ ② 응변학원을 운영하는 자가 언어장애인에 대하여 행하는 언어교정훈련⁴³⁾은 의료행위에 해당되지 않는다고 판시하였다.

헌법재판소⁴⁴⁾는 무면허의료행위를 일률적으로 처벌⁴⁵⁾하는 의료법 제25조 제1항등 위헌이라는 부산지법의 위헌제청사건에 대하여 '한 나라의 의료체제는 그 나라의 국민건강의 증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술 방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없다.'고 하면서 합헌 결정을 하였다.

41) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87누117판결

42) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91도3340판결

43) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79도1003판결

44) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가7결정

45) 다만 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449판결은 약사의 임의조제행위에 대하여 '무면허로 의료행위를 한 경우라도 그 자체가 의료상의 주의의무 위반행위는 아니라고 할 것이므로 당해 의료행위에 있어 구체적인 의료상의 주의의무 위반이 인정되지 아니한다면 그것만으로 불법행위책임을 부담하지는 아니한다.'고 하여 무면허의료행위 그 자체를 의료과실로 추정할 수는 없다고 하였다.

(3) 의료행위의 한계

과학기술이 발달되면서 의사의 의료행위와 치과의사의 의료행위,⁴⁶⁾ 한 의사의 의료행위,⁴⁷⁾ 의사와 paramedic 자격자의 응급처치행위, 나아가 의료행위와 비의료행위 사이의 한계가 모호해지고, 나아가 공동연구가 필요한 부분이 늘어나게 되었다. 예를 들어 인간복제에 관한 연구에서 인간배아에 관한 수정, 배양, 분할, 착상, 유전자치료 등에서 어느 것이 의료행위로서 의사(MD)가 해야 하고, 어느 것이 생물학적 연구행위로서 비의사(Non MD, PhD)가 할 수 있는가 혹은 조직이식에서 조직의 채취·저장·처리·보관·이식 중 어느 것이 비의료인이 할 수 있는가 등에 관하여 적지 않은 논란이 있다. 기능성 화장품을 둘러싸고 어디까지 약품으로 보고, 어디부터 화장품으로 볼 것 인가에 관한 논란도 있다. 여드름이나 건조성 피부 관리에 관하여 피부과 의사가 해야 할 일과 피부맛사지사가 할 수 있는 일에 관하여도 논란이 있다.⁴⁸⁾

우리 법원이 취하고 있는 바와 같이 '의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위'를 확대해석한다면 인체에 관한 모든 행위 — 예를 들어 위에서 논한 인간배아연구, 기능성 화장품 처방, 피부관리 등 — 는 의료행위에 해당될 것이다.⁴⁹⁾

과연 이렇게 확대해석하는 것이 옳은 것인가?

이에 대하여는 국민의 기본권보장관점에서 살펴야 할 것이다.

46) 턱관절수술에 대하여는 성형외과와 구강외과 사이에 영역다툼이 있다.

47) 의사의 IMS(interventional muscle and soft tissue stimulation therapy, 한방의 침과 비슷한 기구를 이용하여 근육내의 신경을 자극하는 치료법) 시술과 한의사의 물리치료나 초음파·CT검사 등에서 무면허의료행위의 논란이 있다.

48) 위 대법원 2000도2807판결에서 법원은 '사람의 정신적, 육체적 고통을 해소하여 주는 모든 행위를 의료행위의 범주에 포함시켜 이를 규제하는 것은 불필요한 과잉규제로서 오히려 환자의 생명권 및 건강권 등을 침해하는 결과를 초래할 경우도 전혀 없다고 볼 수는 없다.'고 하여 의료행위의 지나친 확장을 견제하는 듯한 태도를 취하고 있으나, 실제로 불필요한 과잉규제로 판단한 사례는 거의 보이지 않는다.

49) 현재 대한의사협회에서는 건강기능식품도 치료보완재적 성격을 가지므로 의료기관내에서 판매하는 것이 타당하다고 주장한다, 2003. 12. 29.자 의협신문 5쪽 보도참조

국민은 헌법상 인간의 존엄과 가치권, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유권, 직업선택의 자유권, 학문연구의 자유권, 건강권 등의 기본권을 향유할 권리가 있고, 국가는 이를 보장할 의무가 있다.

의료인의 면허제도가 원시시대부터 있었던 것은 아니다. 국가체제가 성립되면서 자연적 자유를 제한하고, 일정한 요건 하에서 허가를 하여 준 이유는 바로 국가구성원인 국민의 기본권을 보장해 주기 위한 목적에서다. 이 때문에 의료행위는 그 면허를 가진 자만이 할 수 있는 것이나 시대의 변천에 따른 생활 양상의 변화, 삶의 질에 대한 욕구 증가, 새로운 기술의 발달 등에 따라 각 국은 의료인에 대한 면허인정 요건이나 의료행위의 범위를 달리 정하고 있다.

의료업의 독점성이 의료인의 직업적 독점성을 확보하여 경제적, 사회적 지위를 보장하기 위한 것이 아니라, 국민들의 건강권을 보장해 주기 위한 차선책일 뿐이다.

따라서 의료행위의 범위를 지나치게 확대해석하는 것은 오히려 국민의 기본권을 침해하는 것은 물론 의료발전에도 걸림돌이 된다.⁵⁰⁾ 의사입장에서 지나친 확대해석은 결국 단순반복적 업무도 의사가 하여야 하므로 의료의 대형화와 조직화에 많은 문제를 노정할 수밖에 없게 된다.

이 때문에 의료행위의 해석상 어느 정도의 한계를 두는 것이 바람직하다. 일례로 수지침이 무면허의료행위라는 검찰의 기소에 대하여 대법원은 '수지침 시술행위도 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당하며, 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식

50) 위 대법원 2003도2903판결에서와 같이 피부과 의사가 피부관리사와 공모하여 피부관리사로 하여금 크리스탈 필링기를 이용한 피부박피술을 하게 한 행위에 대하여 '피부박피술은 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 시술능력을 갖추었다고 하더라도 마찬가지로 유죄다.'라고 판시하여 의사와 피부관리사를 공범으로 모두 처벌하였다.

도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회 통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.’라고 판시한 바 있다.⁵¹⁾

또한 지나친 확대는 국민들 입장에서 단순한 운동요법에 대하여도 의사의 처방을 받아야 하고, 의료인에 의해 시술되지 않고 있는 사각지대에 있는 경우 결국 치료받을 수 없게 되는 부작용을 낳고 있다. 예를 들어 판례는 문신시술을 의료행위로 보고 있으나,⁵²⁾ 의사가 직접 시술하는 경우는 드물고, 가사 한다고 하여도 예술적인 한계로 인하여 환자의 마음에 들 수 없는 경우가 많을 것이다.⁵³⁾

역사적으로 볼 때 문신은 고대부터 전해진 인류의 유산 중 하나이며, 현대사회에서도 전세계적으로 행해지는 하나의 문화현상으로 보인다. 따라서 문신의 부정적인 측면만을 부각시켜 무조건 범법행위로 몰아가는 것은 적절하지 않은 것으로 판단되며, 오히려 문신행위를 양성화하고 몇 가지 대책을 수립하는 것이 차선책으로 보인다.⁵⁴⁾ 현재 국내의 거의 모든

51) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389판결

52) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219판결은 '고객들의 눈썹 또는 속눈썹 부위의 피부에 자동문신용 기계로 색소를 주입하는 방법으로 눈썹 또는 속눈썹 모양의 문신을 하여 준 행위는 그 시술방법이 표피에 색소를 주입함으로써 통증도 없고 출혈이나 그 부작용도 생기지 않으므로 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 위험이 발생할 염려가 있는 행위라고 볼 수 없어 의료행위가 아니라고 본 원심판결은 과연 표피에만 색소를 주입하여 영구적인 문신을 하는 것이 가능한지 및 그 시술방법이 어떤 것인지를 가려 보지 않았고 작업자의 실수 등으로 진피를 건드리거나 진피에 색소가 주입될 가능성이 있으며 문신용 침으로 인하여 질병의 전염 우려도 있는 점을 간과함으로써 법리오해, 채증법칙 위배, 심리미진 등의 위법이 있다.'는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에 대하여 유죄의 취지로 파기환송하였다.

53) 현재 문신은 몇 개월 혹은 1~2년 만에 없어지는 시술이 보편화되어 과연 의료행위로 보아야 하는 지도 의문이다.

54) Stauter RL, Tattooing: the protection of the public health, Health Matrix, 1988;6:51-59(한기환 외6, 한국인의 문신에 대한 법의·인류학적 고찰, 대한법의학회지 총권 27권 제2호, 2003. 10. 37쪽)

문신은 음성적인 거래를 통해 이루어지고 있다.⁵⁵⁾

(4) 소결

현대에서의 의료행위개념이 확대·발전되어 가고 있어 단순히 사람의 질병의 예방·진찰·치료·사회복귀 등에만 국한할 수는 없다.

대법원의 견해대로 의료행위를 의사의 의학적 판단 및 기술로서 행하지 아니하면 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위로 보는 것은 옳다고 본다. 다만 의료법 제25조와 같이 무면허의료행위를 일률적으로 처벌하는 우리 법제 하에서는 의료행위의 범위를 제한적으로 해석하여야 할 필요가 있다. 무면허 의료행위의 처벌과 의사가 행하지 않으면 위험한 일체의 행위가 결합할 경우 의료행위의 무한한 확장으로 대부분의 행위가 의료행위로 규제될 수 있고, 이는 국가나 국민, 의료인 모두에게 피해를 주게 된다. 예를 들어 의료소송에서 인과관계와 과실을 모두 추정하게 되면 환자의 피해구제는 쉬워질지 몰라도 의료배상금의 증대로 인한 사회적 부담의 증가, 의권의 위축과 진료기피, 의료수가 상승 등 사회전반에 부정적인 부담을 주게 되는 것과 같다. 의료행위의 범위를 폭넓게 해석하려고 한다면 무면허의료행위를 일률적으로 처벌하는 의료법 제25조를 완화하도록 개정되어 균형을 맞추는 것이 합리적으로 본다.

따라서 현행법제하에서는 의료행위를 정하는 기준을 국민의 입장에서 보아 어느 것이 인간의 존엄과 가치권, 행복추구권, 치료받을 권리 등이 보호될 수 있는가에 두어야 한다. 지나친 확대해석은, 예를 들어 우리의 일상적인 먹거리도 약품으로 보아 의사의 처방전을 요구할지 모르므로 국민의 기본권이 오히려 침해될 수 있기 때문이다.

이는 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76, 2000헌마505결정에서 건강보험법상 의료기관에 대한 요양기관 강제지정이 위헌이라는 의협의 주장에 대하여 '국가가 의료보장의무를 이행하기 위해서는 국민에게 질병·부상에 대하여 적절한 요양급여를 행해야 하며, 이를 위해서는 요양급여

55) 한기환 등, 전제논문 37쪽. 임상실제에서 문신행위에 대하여 의료행위로 규정되어 있기 때문에 의사가 시술하는 듯하나, 의사라도 조직폭력배를 연상시키는 전신문신 등을 시술한다면 사회에서 이를 적법한 행동으로 판단해 줄지는 의문시 된다.

를 제공할 수 있는 적정수의 의료기관과 약국을 확보해야 한다. 이 사건 요양기관 강제지정제의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다.'라고 하여 법익충돌시 국민의 보건권을 우선하고 있다.⁵⁶⁾

3. 안마행위의 경찰금지

(1) 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 위 사건에 대하여 '안마사의 자격인정제도 자체가 위헌이라고 의심하는 것은 아니다.'고 함으로써 안마행위가 의료행위라는 점은 다툼 없는 전제사실로 확정하고 있다. 즉, 안마행위는 '사람의 건강증진이나 피로회복을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나 누르거나 잡아당기거나 두드리거나 하는 등의 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 이에 부수하여 간단한 전기기구 등을 사용하는 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 멎쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위이다.'⁵⁷⁾라고 정의하고 있고, 의료법상 안마사의 허가를 받은 자에 한하여 안마행위를 하도록 하는 것은 합헌이라고 하였다.

56) 다수의견에 대하여 한대현, 권성 재판관은 '요양기관 강제지정제는 첫째로 자유와 창의를 존중하고 이로써 문화의 발전을 지향하는 우리 헌법의 이념에 비추어 그 채택이 주저되는 수단이고 둘째로 획일적 통제제도의 비효율성에 비추어 그 제도의 장기적 성과가 상대적으로 의심되는 수단이라 할 것이다. 이와 같은 의심은 요양기관 강제지정제가 기본권 제한의 입법으로서 갖추어야 할 수단의 적정성을 결한다는 결론을 짓게 하며, 따라서 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋남으로써 의사의 직업의 자유를 침해하므로 위헌이라고 생각한다.'고 소수의견을 제시하고 있다.

57) 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도1568 판결, 다음에서 보는 물리치료사의 물리치료행위와 구별한다면 안마행위는 ① 질병치료목적이 아닌 일상생활에서 흔히 발생하는 피로, 근육통 등의 증상완화를 목적으로 하고, ② 의료기기나 의약품을 사용하지 않고, ③ 침습적 방법을 사용하여서는 아니되고, ④ 기도, 식도, 심장, 폐, 간, 신장 등 장기에 외력을 가하여서는 아니되고, 기타부위에 대하여도 시술시 심한 통증을 느끼지 않을 정도의 외력을 가해야 하고, ⑤ 피부, 피하조직, 관절, 근골격계에 좌상, 염좌, 피하출혈, 탈골, 골절 등 주요장기에 외력을 가하지 않아야 하고, ⑥ 영유아, 심한 근골격계질환자 또는 만성 소모성질환자에 대하여는 시술하여서는 않는 범위내에서의 자극행위만을 인정하여야 할 것이다.

(2) 안마행위의 규제에 관한 문제점

안마행위가 과연 경찰허가의 대상이 되어야 하는지 여부이다.

경찰허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있도록 해 주는 행정행위이다. 법령에 의하여 일반적으로 금지할 필요가 있을 때, 즉, 경찰허가는 공공의 안녕·질서를 유지하기 위한 경찰권의 발동이라 할 수 있으므로, 일정한 조건하에 허가를 해주게 된다.⁵⁸⁾ 경찰허가가 행하여지는 대표적인 예는 의사면허, 운전면허(이상 대인적 허가), 석유판매업허가, 건축허가, 공중목욕탕허가(이상 대물적 허가), 유기장영업허가, 총포 등 판매업허가(이상 혼합적 허가)가 있다.

그런데 고대부터 일반적으로 행해지고 있는 안마행위금지가 공공의 안녕·질서를 유지할 사회적 필요성이 반드시 있는가에 관한 논의가 본격적으로 제기된 바 없다.

의료기사등에관한법률 제2조 제1항 제3호에서 규정하고 있는 '물리치료사는 온열치료, 전기치료, 광선치료, 수치료, 기계 및 기구치료, 마사지·기능훈련·신체교정운동 및 재활훈련과 이에 필요한 기기·약품의 사용·관리 기타 물리요법적 치료업무에 종사한다.'는 물리치료사의 업무와 위 안마행위의 업무를 비교하면 안마행위는 상대적으로 침습의 정도가 가벼운 행위이다. 물리치료를 허가대상으로 하였음에도 다시 안마행위까지 허가대상으로 함으로써 국민의 기본권보장에 어떤 득이 되는지는 좀더 깊게 논의되어야 할 것이다. 이점에 대하여는 여기서 문제제기로 그치기로 한다.

(3) 안마사자격의 제한여부

이는 안마사자격을 시각장애인에게만 국한하여 부여할 필요성 여부이다.

헌법재판소는 첫째, 안마사의 자격에서 비맹 제외 기준은 사회적 관습과 국민의 법의식을 기초로 하고 있고, 둘째, 다른 직업을 선택할 수 없는 시각장애인에 대한 복지정책에 합당하다고 한다. 이에 대하여 다음과

58) 김동희, 행정법 II(제6판), 박영사, 2000, 184~189쪽

같이 각 논지의 타당성 여부를 검토하도록 하겠다.

첫째, 사회적 인식여부이다. 우리 사회에서 안마행위가 보편적으로 시행되고 있다고 해도 과언이 아니다. 그 안마행위가 시각장애인만이 시행한다는 사회적 인식이 자리 잡고 있는가에 의문이다.

일본도 우리와 같이 한 때 시각장애인에게만 안마를 할 수 있도록 하였다가 이를 폐지하였다. 미국의 경우 주별로 스포츠마사지(마사지치료사, 발관리사 포함), 마사지치료사제도가 있다. 주법이 정한 소정의 이수시간을 수료하고 주정부로부터 국가공인자격 시험대행기관에서 자격시험을 통하여 자격을 부여하고 있다.⁵⁹⁾

둘째, 장애인에 대한 사회복지정책으로 도입된 비맹제외의 합법성여부이다. 시각장애인에 대한 복지정책이라는 근거도 타당성을 갖는 것은 틀림없다. 그러나 장애인복지를 위한 목적 때문에 국민의 기본권이 침해될 우려가 있다면 직업선택권을 제한하는 방법 이외에 다른 방법을 찾는 것이 바람직하다고 본다. 외국에서 장애인복지제도는 사회보험제도⁶⁰⁾, 사회수당,⁶¹⁾ 공공부조⁶²⁾ 등 다양한 제도를 통하여 장애인을 보호하고 있다.⁶³⁾ 우리도 장애인복지법이나 장애인고용촉진등에관한법률, 사회보장기본법 등의 복지제도를 통하여 이를 해결하려고 노력하고 있고 사회적 인프라라는 어느 정도 형성되어 있다. 안마행위가 의료유사행위로서 경찰금지에 해당된다면 오히려 비장애인에게 안마행위를 허용하는 것이 옳다. 우리 법원이 의료행위를 '의사의 의학적 판단 및 기술로서 행하지 아니하면 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위'라고 한다면 이제는 비맹 제외라는 소극적 입장에서 벗어나야 할 것이다. 그렇지 않고 경찰금지를 할 필요가 없다면 역시 장애인이든 비장애인이든 규제하여서는 아니 될 것이다.

59) 미국 UCLA대학에서도 마사지치료학과가 있으며 주요교과목은 해부학, 마사지치료학, 물리치료학, 생리학, 및 기타 실습 등으로 구분되어 있다.

60) 사회보험은 기여급여라고도 하며, 국민연금보험, 장애보험, 의료보험, 의료보호, 산업재해보상보험 등이 있다.

61) 사회수당은 비기여급여라고도 하며, 중증장애수당, 장애생계수당, 개호수당 등이 있다.

62) 공공부조에는 소득보조, 국민기초생활보장, 장애수당, 장애노동수당, 장애아동부양수당, 독립생활기금, 법정상병수당 등이 있다.

63) 김용득, 유동철 편, 한국장애인 복지의 이해, 인간과 복지, 2002, 163~191쪽

4. 위임입법의 한계

헌법재판소의 합헌의견은 경찰허가의 기준을 반드시 법률로 정해야 하는 것은 아니고, 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있고, 사회적으로 시각장애인에게만 안마사라는 자격을 주는 인식이 성립되어 있기 때문에 포괄위임이 아니라고 한다. 입법부의 입법행위가 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 존중되어야 하고,⁶⁴⁾ 이에 따라 행정부가 사회복지정책의 일환으로 시각장애인에게만 안마사의 자격을 주도록한 것도 행정재량으로 인정하여야 한다고 한다.

우선 헌법 제75조는 대통령령에 있어 위임입법의 범위와 한계에 대하여 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하여, 위임입법권의 포괄적·전면적 위임의 금지원칙을 규정하고 있다. 행정부의 위임명령은 상위법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항을 규정하며, 그 범위 내에서는 새로운 입법사항, 즉 시민에 대한 외부적 효력으로서 권리나 의무에 관한 규율을 정할 수 있어 헌법적인 위임범위 내에서 만들어져야 한다.⁶⁵⁾ 위임입법권의 포괄적인 위임은 입법권 자체의 포기를 의미하게 되므로 위임의 구체적인 범위를 특정하여 행해야 한다.

따라서 위임명령에 있어서 포괄위임금지원칙의 기본적인 한계는 모법

(64) 헌법재판소 2000. 1. 27. 99헌바23결정은 구의료보험법 제29조 제3항이 문구상 대통령령, 총리령, 부령 등과 같이 구체적으로 위임할 하위법령을 특정하지 아니하고, 단지 '보건복지부장관이 정한다.'라고 불분명하게 규정하고 있을 뿐이어서, 문언만으로는 보건복지부령으로 정하라는 것인지 보건복지부의 내부행정규칙으로 정하라는 것인지 분명하지 아니하므로 입법형식상으로도 위헌이라는 청구인의 주장에 대하여, '입법론으로서는 「보건복지부령이 정한다」라고 규정하였으면 더욱 분명하고 좋았을 것'이나 그것만으로 위헌이라고 할 수는 없다고 판시하였다.

위 결정은 요양급여의 기준에 관하여 아무런 규정도 하지 아니한 채 하위법령에 포괄적으로 입법위임을 하여 포괄위임금지원칙에 어긋난 위헌이라는 주장에 대하여 '의료행위와 같이 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질(이어서)... 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등을 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다. 의료보험법의 전반적 체계와 위와 같은 규정들을 종합해 보면 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 예측할 수 있다.'고 하여 역시 위헌이 아니라고 하였다.

(65) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 948쪽 이하

에서 수권되지 않은 입법사항에 대하여 스스로 규정을 만들어 규율할 수 없다는 것이며, 또한 그 내용에 있어서는 모법의 위임취지에 어긋나지 않아야 하고, 그 밖의 한계로는 ①위임입법권의 포괄적·전면적 위임의 금지, ②국회의 전속적 권한사항에 관한 입법권의 위임 금지, ③처벌규정 위임시의 한계라는 내용을 들 수 있다.⁶⁶⁾

헌법재판소는 당구장출입규제사건⁶⁷⁾에 대하여 '당구장에 대한 출입규제·봉쇄는 법률(또는 법률이 구체적으로 명확한 범위를 정하여 위임한 법규명령)에 의해서만 가능한 바, 당구장 출입문에 18세 미만자의 출입금지표시를 하도록 규정한 체육시설의설치이용에관한법률시행규칙 제5조는 모법의 위임 없는 사항을 규정한 부령으로서 위임입법의 한계를 일탈하여 위헌이다.'라고 판시한 바 있고, 토지초과이득세위헌사건⁶⁸⁾에 대하여 '토지초과이득세법상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로, 이를 하위법규에 백지 위임하지 아니하고 그 대강이라도 법 자체에서 직접 규정해 두어야 함에도 불구하고 동법 제11조 제2항이 기준시가를 전적으로 대통령령에 맡긴 것은 헌법상의 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법 제75조의 취지에 반한다.'고 판시한 바 있다.

위와 같은 법해석이나 헌법재판소의 판례취지에 비추어 이견과 같은 비맹 제외 기준은 국민의 직업선택의 자유권을 침해하는 것이므로 법률에 의하여 제한하여야 한다는 위헌의견이 타당하다고 본다.

또한 우리 사회인식이 비맹 제외로 정착되었다는 합헌의견은 별다른 근거를 가지고 있지 못하다. 위헌의견처럼 형사처벌까지 수반되는 기본권 제한의 사유를, 가변적인 사회적 관습과 국민의 법의식에 기초하여 해석으로 추출하여 내는 것은 확대해석·유추해석으로서 법치국가적 원리와 죄형법정주의의 원칙에 위배된다. 헌법재판소도 허가 없이 복권을 발행하였다는 이유로 벌금형을 선고받고 위헌제청한 사건⁶⁹⁾에 대하여 '벌칙규정

66) 류지태, 행정법신론(2판), 신영사, 1996. 202쪽 이하

67) 헌법재판소 1993. 5. 13.선고 92헌마80결정

68) 헌법재판소 1994. 7. 29.선고 92헌바49결정

69) 헌법재판소 1991. 7. 8.선고 91헌가4결정

이면서도 형벌만을 규정하고 범죄구성요건의 설정을 완전히 각령에 백지 위임하는 것이나 다름없는 복표발행·현상기타사해행위단속법 제9조 및 제5조는 헌법 제75조·제12조 제1항·제13조 제1항에 위반된다.'고 판시한 바 있는 것처럼 이건도 백지위임과 같아 위헌이라고 생각한다.

5. 결 론

이건 헌법재판소판례는 안마행위가 의료행위 내지 의료유사행위로서 과연 국가의 규제가 필요한지에 대한 판단이 되었으면 하는 아쉬움이 있다. 무면허의료행위를 일률적으로 처벌하는 우리 법제 하에서는 의료행위의 범위를 무한히 확장해석할 경우에 대한 문제의식을 가지고 판례가 형성되어야 국민의 기본권이 제대로 보장될 수 있을 것이다.

가사 규제가 필요하다고 하여도 법률에 명백한 규정이 없는데도 불구하고 신체적인 자격제한을 둘 필요가 있었는지에 대한 근거에 대하여 사회적 인식이나 관습을 들고 있다는 점에서 합헌설은 설득력이 부족하다고 본다.

국가의 기본의무는 구성원인 국민의 생명을 지키는 일이다.⁷⁰⁾ 관념적인 국가는 자연인에게 이를 맡길 수밖에 없다. 군인에게 총을 주고 외적으로부터 국민의 생명을 지키게 하고, 의사에게 메스를 주어 질병으로부터 국민의 생명을 지키게 한다. 의사는 국가의 대국민 생명보호의무를 위임받아 수행하는 직업인이다.⁷¹⁾ 이 때문에 군인과 의사의 직업수행의 자유권

70) 위 헌법재판소 94헌가7결정과 마찬가지로, 대법원 2004. 6. 25.선고 2003다69652판결도 '국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있다.'고 하여 국가는 국민의 생명보호의무가 최우선이라는 점을 판시하고 있다(이건은 폭우로 인하여 차도 또는 하수도가 침수되어 인근 건물 내의 인명 또는 재산 피해가 예상되는 경우 침수의 방지, 통제, 퇴거 등의 조치를 취하고, 재해비상발령이 내려진 상황에서 신속하게 서울시재해대책본부로부터 지시받은 조치를 시행하거나 방재책임자 등에게 이를 알리는 등 재해방지에 필요한 적절한 조치를 신속히 취하여야 할 의무를 위반한 사건에서 국가배상청구를 인정한 판결이다).

71) 이른바 보라매병원사건인 대법원 2004. 6. 24.선고 2002도995판결에서도 환자의 자기결정권보다 국가의 대국민 생명보호의무(국가는 의사에게 생명보호의무를 대행케 하고 있다)를 우선한다고 판시하면서 환자를 퇴원시켜 사망에 이르게 한 의사에게 살인방조죄를 인정하였다.

은 많은 제한을 받는다. 군인이 전투 중에 목숨이 아깝다는 이유로 사표를 내고 집으로 돌아가게 된다면 국민의 생명은 어떻게 될 것인가? 마찬가지로 의사가 질병이나 부상으로 생명이 위험한 지경에 놓여 있는 환자를 직업수행의 자유권이 있다는 이유로 진료를 거절할 경우 국민의 생명권은 심각한 위협에 놓일 것이다. 의사에게만 직업의 독점성을 둔 이유는 의사를 보호하기 위한 제도가 아니라 국민의 생명권을 보호하기 위한 차선책인 것에서 비롯되는 것이다. 따라서 무면허의료행위를 일률적으로 처벌하는 것은 합헌이며,⁷²⁾ 국가는 직업을 비영리업으로 제한하여 영리활동을 하지 못하도록 한 이유도 같다.

그러나 현실적으로 의사는 진료의 대가를 받고 있고, 보건의료산업노조와 갈등⁷³⁾도 겪는 등 영리법인과 같은 구조를 가지고 있다. 이에 대하여 의료계는 의료법 제16조 및 동법 제44조의 비영리업 규정의 완화,⁷⁴⁾ 국민건강보험법 제40조 제4항의 요양기관 강제지정제 철폐,⁷⁵⁾ 동법 제42조의 의료수가계약제 실시,⁷⁶⁾ 동법 제48조의 의사의 업무개시명령권 폐지⁷⁷⁾ 등을 주장하고 있다.

만약 이러한 의료계의 주장을 받아들이고 국가의 보건의료의 기본틀을 바꾸려면 몇 가지 선행되어야 할 법적 과제가 있다. 의료법 제25조의 무

72) 위 헌법재판소 94헌가7결정

73) 보건의료산업노조는 의료법인의 비영리성에도 불구하고, Union shop까지 요구하고 있다.

74) DDA협상에서 의료시장이 개방되면 외국의 영리법인이 국내에 들어와 경쟁력을 확보할 우려가 있어 우리나라도 의료법인의 영리화를 인정하여야 한다는 견해가 대한병원협회를 중심으로 강력하게 제기되고 있다. 그러나 대한의사협회에서는 병원이 영리화되면서 대형화되면 동네의원이 모두 죽게 된다는 이유로 영리화를 반대하고 있다.

75) 위 헌법재판소 99헌바76, 2000헌마505결정은 요양기관 강제지정제의 위헌심사청구에 대하여 '요양기관 강제지정제의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다.'라고 하여 합헌결정을 내렸다.

76) 국민건강보험법상 요양급여비용에 대하여는 국민건강보험공단 이사장과 의료계의 대표자 사이에 계약으로 장하도록 되어 있으나, 현실적으로 이해관계가 첨예하게 대립되어 합의가 어려워 국민건강보험재정건전화특별법에 의해 설치된 건강정책심의위원회의 의결을 통하여 요양급여비용이 결정되고 있다.

77) 2000년 의약분업으로 촉발된 의사들의 집단폐업투쟁 이후 정부는 의료법을 개정하여 제48조 제2항에 집단휴폐업시 의료기관에 대하여 업무개시명령을 내릴 수 있도록 강제하는 규정을 신설하였다.

면허 의료행위금지의 완화, 의료행위의 제한적 해석, 약사법 제21조,⁷⁸⁾ 제 35조⁷⁹⁾의 개정 등을 통한 의약업의 독점성을 풀어야 할 것이다. 직업의 독점성을 가지면서 위와 같은 주장을 하는 것은 경제논리에도 맞지 않는다.

그러므로 이견과 같은 안마, 카이로프랙틱, 피부관리 내지 마사지, 문신 등의 행위에 대하여는 현행 규제를 신고제 등으로 완화하거나 폐지하는 방향으로 법률해석을 하는 것이 옳지 않을까 생각한다.

78) 의약분업의 근거법률인바, 의료계에서는 선택분업이나 과거와 같은 임의분업을 주장하고 있다.

79) 시민단체에서는 OTC약품에 대한 슈퍼마켓 등 일반판매를 주장하고 있다.