

# 의료행위 개념의 확대

범 경 철\*

|                  |                    |
|------------------|--------------------|
| I. 서 설           | 3. 확장된 의료행위의 특수성   |
| II. 전통적 의미의 의료행위 | 4. 판례              |
| 1. 의의            | IV. 사회상규상의 의료행위    |
| 2. 의료행위의 특수성     | 1. 의의              |
| 3. 판례            | 2. 사회상규상 의료행위의 특수성 |
| III. 확장된 의료행위    | 3. 판례              |
| 1. 의의            | V. 결 어             |
| 2. 특수한 의료행위      |                    |

## I. 서 설

급변하는 현대사회에 있어서 의료행위에 대한 인식도 과거에는 생각할 수 없었던 부분까지 확대되는 경향을 보이고 있다. 전통적인 의료행위는 “일반적으로 승인된 질병의 치료, 질병의 경감, 질병의 예방, 기형의 교정, 조산과 의술적 낙태, 치료목적에 위한 환자의 시험, 의술상의 진보를 위한 실험 등 6가지를 의료행위라고 한다”<sup>1)</sup>라고 하고 있다. 즉, 종전에는 주로 의료행위라고 하면 신체의 건강의 증진이나 위해를 제거하는 행위를 의료행위라고 보았다. 그러나 의료행위의 개념은 확일적으로 단정지을 수 없는 발전적인 개념임은 종전이나 현재나 주지의 사실이다. 즉, 사회의 인식변화와 의학·과학의 발달로 의료행위의 개념도 변천을 하고 있다. 또한 어느 범위까지 의료행위로 볼 수 있을 것인가에 관해서는 그 사회의 공통된 인식과 의료윤리적 측면에서 살펴보아야 할 것이다. 그래서 현

\*원광대학교 법과대학 겸임부교수/변호사

1) 大谷 實, 醫療行爲と法, 弘文堂, 1980, 3면 이하.

재는 전통적인 개념에다가 공중위해를 가할 수 있는 행위까지 포함하고 있다.

학문 특히 과학이 눈부시게 발전한 현대에 있어서는 종래의 의료행위의 개념으로는 설명할 수 없는 여러 가지의 문제가 발생하고 있다. 건강과는 전혀 관계가 없는 성형이라든지, 보다 나은 건강을 위하여 하는 행위 등이 있다. 이러한 행위들은 종전의 의료행위개념으로는 설명할 수 없는 부분이 많이 있다. 또한 의학·생명공학의 발달로 앞으로 어느 정도까지 의술이 발전할지 예측할 수 없을 정도로 변해가고 있다.

판례는 무엇이 의료행위인가의 여부에 관하여 몇 가지 기준을 제시하고 있다. i) 보건위생상 위해가 생길 우려의 여부(대법원 2003.4.22. 선고, 2003다2390, 2406 판결), ii) 침습이나 치료행위를 하였느냐의 여부(대법원 2004.1.15. 선고, 2001도298 판결), iii) 진찰·검안·처방·투약을 하였느냐의 여부(대법원 2002.10.25. 선고, 2002다48443 판결), iv) 영리의 목적(광고)이 있는가의 여부(대법원 2000.2.25. 선고, 99도4542 판결) 등을 따져 위에 해당되는지의 여부를 가지고 의료행위를 판단하여 왔다.

본 논문에서는 이러한 여러 가지의 측면을 고려하여 의료행위의 개념을 재구성하고자 한다.

## II. 전통적 의미의 의료행위

### 1. 의 의

의료행위는 전통적으로 환자의 증상을 진단하여 신체의 이상과 고통을 제거하고 치료를 통하여 건강을 증진시키는 행위 또는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다.<sup>2)</sup> 그러나 의료행위의 개념은 확정되어 있지 않으며, 사회의 관념과 의학의 발전에 따

2) 대법원 1987.11.24. 선고 87도1942 판결; 대법원 1999.6.25. 선고 98도4716 판결.

라 변화하는 발전적 개념이라 할 수 있다.<sup>3)</sup>

일본에서는 의학을 사회적으로 현실에 적용하는 것이며, 건강할 때 건강양호를 출발점으로 건강의 파탄을 예방하고 질병이 발생할 때 이에 관하여 대책을 마련하고 회복, 재생을 포함하며, 모자위생, 영유아의 영양, 학교보건, 산업보건, 생활환경의 조성 등 광범위하게 의료행위의 개념을 정의하고 있다.<sup>4)</sup> 그리고 우리 나라 의료법 제12조 제1항에서는 의료인이 행하는 의료, 조산, 간호 등 의료기술의 시행에 대하여는 의료법 또는 다른 법령에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이에 간섭하지 못한다고 규정하여 간접적으로 의료행위의 개념을 정의하고 있다.

## 2. 의료행위의 특수성

### (1) 침습성<sup>5)</sup>

의료행위는 본질적으로 환자에 대한 침습을 내포하고 있다.<sup>6)</sup> 그러므로 의료행위는 고도로 발달된 의학지식이나 의료기술에 의해서도 그 위험을 방지할 수 없는 경우가 많다.

이와 같이 의료행위시 발생하는 侵襲의 위법성을 조각하는 이유는 침습으로 인한 해악보다 환자에 대한 구멍이 이익형량으로 볼 때 이익이 더 크기 때문이다.<sup>7)</sup> 그러므로 의료행위에서는 의사가 고도의 주의의무 혹은 최선의 주의의무를 다하여야 할 의무를 부담하지만 의사가 최선을 다했음에도 사고가 발생하였을 경우 의사의 책임은 면제된다.

### (2) 예측곤란성

3) 곽윤직, 채권각론, 박영사 2000, 341면; 이은영, 채권각론, 박영사 1999, 922면; 김상용, 채권각론(下), 법문사 1998, 364면; 조희중, 의료과오소송, 법원사 1996, 25면; 박영호, 최재천, 의료과실과 의료소송, 육법사 2001, 34면; 신현호, 의료소송총론, 육법사 1997, 27면; 추호경, 의료과오론, 육법사 1992, 21면 등.

4) 菅野耕毅, 醫療過誤責任の理論, 信山社, 1996, 96면.

5) 신현호, 「의료소송총론」(서울 육법사, 1997), 113면.

6) 김민중, 앞의 책, 68면.

7) 일반인이 사람의 몸에 칼을 대면 범죄를 구성하나 의사의 의료행위는 위법성을 조각하는 정당행위로 본다.

환자는 각 개인에 따라 신체구조 및 기능에 미세하나마 차이를 보이고 있다. 이러한 차이 때문에 어떤 환자에게는 전혀 해가 되지 않는 의료행위가 다른 환자에게는 치명적인 毒이 될 수 있다. 이 경우를 보통 과민성 체질 혹은 특이체질이라 부르고 있다.<sup>8)</sup>

과민성체질이나 특이체질의 경우에도 물론 의사는 예측할 수 있는 모든 치료방법을 강구하여야 한다. 현재의 의학기술로 규명할 수 없는 특이체질이 얼마든지 있을 수 있고, 또한 약품도 계속해서 신약이 나오고 있다. 따라서 의사가 이 모든 경우를 예측하여 항상 적절하게 대체할 수는 없는 특징이 있다.

### (3) 재량성<sup>9)</sup>

의사의 재량성이라 함은 환자의 병상에 대한 진단이나 치료는 각각의 개별적인 경우에 따라서 다양한 방법이 고려될 수 있다고 하는 의미이다. 또는 의사가 의료행위를 함에 있어서 객관적인 제약조건 중에서 종래의 증상과 상이한 症狀·經過를 관찰하면서 환자의 변화를 앞두고 당시의 시점에서 구체적인 상황에 입각하여 최선이라고 생각되는 의료조치를 하는 것을 말한다. 이와 같이 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 생각할 수 있는 몇 가지의 조치 중에서 적절하다고 판단되는 진료방법을 自由裁量에 의하여 선택할 수 있고<sup>10)</sup>, 그 선택이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 그와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 말할 수는 없다.<sup>11)</sup>

[판례] 한밤중에 찾아온 응급환자에 대하여 일반적인 對症療法<sup>12)</sup>에 따라 치료한

8) 김민중, 앞의 책, 69면, 128면 참조.

9) 김선석, "의료과오에 있어서 인과관계와 과실", 재판자료 제27집(의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985), 54면 참조.

10) 김민중, 앞의 책, 69면.

11) 대법원 1996.6.25. 선고, 94다13046 판결; 대법원 1984.6.12. 선고, 82도3199 판결; 대법원 1992.5.12. 선고, 91다23707 판결 등 참조.

12) 대증요법(對症療法; symptomatic treatment)이란 어떤 질환의 환자를 치료하는 데 있어서 원인이 아니고, 증세에 대해서만 실시하는 치료법이다. 예를 들어, 폐결핵으로 미열

수련의에게 의료과오에 대한 책임을 물을 수 없다고 한 예(대법원 1986.10.28. 선고, 84다카1881 판결)

한밤중인 01:10경에 수련의로서 우선 홀로 당직근무를 하다가 극심한 호흡 곤란을 호소하는 환자를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대증요법을 쓰기로 하고 그 대증요법에 일반적으로 쓰이는 주사약제를 선택한 다음 간호사에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처방과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로 그 치료 중에 환자가 사망하였다 하여 의사에게 막바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다.

이 판례는 對症療法도 일반적으로 사용되는 요법인 경우에는 명백한 합리성을 결하지 않는 이상 하나의 處置方法으로서 선택하였다면, 이것은 의사의 재량행위에 속하므로 책임을 물을 수 없다고 판시한 것이다.

#### (4) 진행성

의료의 대상이 되는 질병은 일단 발병하면 器官이나 기능의 마비 또는 환자가 사망에 이르기까지 진행되는 성질을 가지고 있다. 그러므로 이러한 질병의 진행과정에서 의료행위의 중단이나 지연은 환자의 불이익을 초래하는 중대한 원인이 되기 때문에 적절한 시간 이내에 일정한 처치를 착수하고 완료하는 것이 요청된다.<sup>13)</sup>

#### (5) 밀실성

의료행위는 수술실과 같이 공개되지 않는 일정한 공간에서 실시되므로 일반인은 알 수 없는 경우가 대부분이다.<sup>14)</sup> 그리고 의료행위는 고도의 전문지식과 전문적인 훈련을 거친 의사들이 행하는 일이기 때문에 이에 대

(微熱)이 계속되고 있는 환자에 대해서 해열제를 투여하는 경우를 대증요법이라 하며, 그것과 대응하여 폐결핵제(肺結核劑: PAS·INH 등)를 투여하여 병의 원인인 결핵을 치료하는 것을 원인요법이라 한다. 환자에게 큰 고통을 주는 통증이나 발열 등이 있을 경우에는 대증요법으로 고통을 없애준다. 그리고 현재 원인요법이 없는 질환에 대해서는 대증요법을 쓴다.

13) 추호경, 앞의 책, 61면 참조.

14) 김민중, 앞의 책, 69면 참조.

하여 환자나 일반인은 문외한이나 다름없다. 예컨대 전신마취의 경우, 수술 전에 반드시 마취를 시행하지만, 이에겐 엄청나게 많은 마취제의 종류와 몇 가지 방법에 의해서 시술된다.<sup>15)</sup> 이 경우 수술을 받는 환자나 보호자는 어떤 방법에 의해서 어떤 약을 시술하였는지 전혀 알 수가 없는 경우가 많으며, 경험적으로 살펴볼 때 이로 인하여 자주 환자측과 의사간에 분쟁이 발생하곤 한다.<sup>16)</sup> 일반적으로는 위와 같이 특수성을 언급하고 있지만 학자에 따라서는 더 많은 항목을 언급하는 경우도 있다.<sup>17)</sup>

그러나 이러한 밀실성에 대하여, 일반시민의 알 권리에 대한 의식의 증대와 더불어 환자의 권리의식이 점차 높아지고 있다. 이에 따라 의료기록 작성의무의 상세화, 설명의무의 정형화 등이 요청되고 정보화 사회로의 진전과 의약분업의 시행은 의료과오를 점차 투명화하고 있으나, 의료과오를 밝히는 데에는 아직도 많은 어려움이 있다.

### 3. 판 례

판례는 의료법 제25조 의료행위의 의미에 관하여 대부분 “의료행위라 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로 의학의 전문지식을 기초로 하는 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 경험적, 기능적 행위를 말한다”라고 정의하고 있다.

[판례1] 의료행위의 개념과, 시술한 스포츠마사지가 단순한 피로회복을 위한 시술을 넘어 질병의 치료행위에까지 이른 것으로서 의료행위에 해당한다고 한 사례 (대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298 판결)

【판결요지】 [1] 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 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에

15) 이덕환, 앞의 책, 2면 참조.

16) 김민중, 앞의 책, 60면; 신현호, 앞의 책, 116면.

17) 신현호 변호사는 의료행위의 특수성을 설명하는데 있어서 구명성을 더 언급하고 있다 (신현호, 앞의 책, 117면).

대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데 그치는 것이 아니라 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 한다.

[2] 피고인이 시술한 스포츠마사지가 단순한 피로회복을 위한 시술을 넘어 질병의 치료행위에까지 이른 것으로서 의료행위에 해당한다고 한 사례에서 의료인이 아닌 피고인의 사무실에는 인체의 해부도, 질병 및 증상에 따른 인체의 시술 위치를 정리한 게시판, 신체 모형, 인간 골격 모형 등이 비치되어 있고, 피고인은 두통, 생리통, 척추디스크 등을 호소하며 찾아온 사람들을 상대로 증상과 통증 부위, 치료경력 등을 확인한 다음 회원카드에 이를 기재하여 관리하여 왔으며, 피고인은 손님의 질병 종류에 따라 손을 이용하거나 누워 있는 손님 위에 올라가 발로 특정 환부를 집중적으로 누르거나 주무르거나 두드리는 방법으로 길게는 1개월 이상 시술을 하고 그 대가로 일정한 금액을 받았음을 알 수 있는 바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인의 이러한 행위는 단순한 피로회복을 위한 시술을 넘어 질병의 치료행위에까지 이른 것으로 그 부작용을 우려하지 않을 수 없어 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있는 의료행위에 해당할 뿐만 아니라 영리를 목적으로 한 행위로 보아야 한다.

[판례2] 활기로운동이라는 명목하에 척추디스크 등 환자들의 통증부위를 교정하는 시술의 반복행위가 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 1987.11.24. 선고 87도1942 판결)<sup>18)</sup>

피고인이 의사의 면허나 자격이 없이 활기로운수련장을 만들어 척추 골반 교정에 필요한 기구를 설치하고 척추디스크, 골반 및 허리 통증환자에 대하여 활기로운동이라는 명목으로 손으로 환자의 통증이 있는 척추와 골반 등을 누르고 만지는 등 교정시술을 하고, 또 환자로부터 그 용태를 물어 그 증세를 판단하고서 (문진에 의한 진료) 척추와 골반에 나타나는 구조상의 이상상태를 도수 기타 방법으로 압박하는 등의 시술을 반복 계속하였다면 이는 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 해당한다고 할 것이다.

[판례3] 의료법 제25조 제1항 소정의 '의료행위'의 의미 및 주사기에 의한 약물투여 등의 주사가 이에 해당하는지 여부(대법원 1999.6.25. 선고 98도 4716 판결)<sup>19)</sup>

18) 참조판례로서는 대법원 1985.5.28. 선고 84도2135 판결; 대법원 1986. 10.14. 선고 86도 1678 판결; 대법원 1987.5.12. 선고 86도2270 판결.

19) 참조판례로는 대표적으로 대법원 1986.7.8. 선고 86도749 판결; 대법원 1987.12.8. 선고 87도2108 판결; 대법원 1993.8.27. 선고 93도153 판결; 대법원 1994.4.29. 선고 94도89 판결; 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결; 대법원 1999.3.26. 선고 98도2481 판결 등.

의료법 제25조 제1항 소정의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 주사기에 의한 약물투여 등의 행위는 그 약물의 성분, 그 주사기의 소독상태, 주사방법 및 주사량 등에 따라 인체에 위해를 발생시킬 우려가 높고 따라서 이는 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위임이 명백하므로 의료행위에 포함된다고 보아야 할 것이다.

[판례4] 환자의 생년월일로 이른바<sup>20)</sup>을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하는 것이 의료법 제25조의 의료행위인지 여부, 오행분석에 의한 처방에 기하여, 기성 한의서에 기재된 처방에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제한 행위가 의약품 제조인지 여부(대법원 1997.2.14. 선고 96도2234 판결)<sup>21)</sup>

- (1) 한약업사가 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하였다면, 그 오행분석은 환자의 병상과 병명을 규명하는 판단작용의 방법으로 사용된 것이어서 일종의 진찰방법이라고 할 수 있고, 오행분석에 의한 처방은 일종의 치료행위라고 할 것이어서, 이는 의료법 제25조의 의료행위에 해당한다.
- (2) 한약업사는 약사법 제36조 제2항에 의하여 환자의 요구가 있을 때에 기성 한의서에 기재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합 판매할 수 있으나, 한약업사가 오행분석에 의하여 병명을 진단한 후 자신의 처방에 기하여 기성 한의서에 기재된 처방(본방)에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제하였다면, 이는 약사법 제36조 제2항의 혼합판매가 아니라 약사법 제26조 제1항의 의약품의 제조에 해당한다.

[판례5] 의료행위를 부정한 사례(대법원 2001.7.13. 선고 99도2328 판결)

건강원을 운영하는 피고인이 손님들에게 뱀가루를 판매함에 있어 그들의 증상에 대하여 듣고 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내보이게 한 후 뱀가루를 복용할 것을 권유하였을 뿐 병상이나 병명이 무엇인지를 규명하여 판단을 하거나 설명을 한 바가 없는 경우, 의료행위에 해당하지 않는다고 본 사례에서 그 행위는 뱀가루 판매를 용이하게 하기 위한 부수적인 행위에 해당할 뿐 병상이나 병명

20) 오행분석 음양오행학설은 한방의학의 중요한 기초이론이다. 한방의학의 자연관과 인체의 생리·병리에 대한 원리·진단·치료·약물 등에 대한 이론은 모두가 이 음양오행으로 설명된다. 이는 한방의학의 발상지인 중국의 고대의학자들이 음양오행학설을 응용하였기 때문이라고 한다.

21) 이에 대한 참조판례로는 대법원 1978.9.26. 선고 77도3156 판결; 대법원 1981.12.22. 선고 80도2974 판결; 대법원 1992.7.28. 선고 91누12455 판결; 대법원 1991.12.10. 선고 91도2348 판결; 대법원 1993.8.27. 선고 93도153 판결 등이 있다.



을 규명·판단하는 진찰행위에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 의료행위에 해당하지 않는다고 본다.

위의 판례들에서 보는 바와 같이 의료행위 자체는 고정된 특정개념이 아니라 사회의 변화와 의학의 발전에 따라 변화하는 유동적인 개념이다. 따라서 의료행위의 개념에 관한 정의는 다양하다. 본 논문에서는 다음과 같이 정의하기로 한다. 일반적으로 의료(medical care)는 의학적인 지식과 수단방법으로 질병을 진단하고 치료하는 것이라 할 수 있다. 그리고 의료인이 행하지 않고 일반인이 행하면 보건상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의료행위라고 말할 수 있겠다.<sup>22)</sup>

그러므로 보건상 위해가 가지 않은 사회상규상 인정되는 엄지손등을 따는 행위는 의료행위에 포함시키지 않는 것이 옳다.

### Ⅲ. 확장된 의료행위

#### 1. 의 의

병상의 치료행위만을 의료행위로 이해하던 전통적 의료행위의 의미가 오늘날에는 의학지식의 진보와 의료기술의 혁신, 의료행위에 대한 개인과 사회의 기대변화에 의하여 다양하게 변화하고 있다. 그에 따라서 의료행위의 종류도 과거와 많은 차이를 보이고 있다. 특히 최근에는 의학의 발달로 미용수술<sup>23)</sup>, 성전환수술<sup>24)</sup>, 인공수정<sup>25)</sup> 등 예전에는 생각할 수 없었던

22) 이에 관한 대표적인 판례로는 대법원 1978.5.9. 선고 77도21 판결.

23) 대법원은 1972.3.28. 선고 72도342 판결에서 미용성형수술(곰보수술, 쌍꺼풀수술, 콧날세우기 등)은 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 오직 일반의사에게만 허용되는 의료법 제25조에서 정한 의료행위라고 단정할 수 없다고 하다가 대법원 1974.11.26. 선고 74도1114 판결에서 “코 높이기 성형수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기, 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다”고 하여 의료행위의 범위를 확대하였다.

24) 성전환(性轉換; sexual inversion)이란 유전적인 자웅(雌雄)의 성이 반대성으로 전환하는 것을 말한다.

25) 인공수정(人工授精, artificial insemination)이란 인위적으로 수컷의 정액을 채취하여 그것을 암컷의 생식기 속으로 들여보내어 수정되게 하는 일을 말한다.

행위가 의료행위의 개념에 포함되게 되었다.<sup>26)</sup> 이와 같이 의료행위분야는 앞으로 얼마나 변화할지 아무도 예측할 수 없게 되었다. 뿐만 아니라 최근에 인간의 유전자 지도가 완성되어 발표됨으로써, 이제 인간도 자신들의 취향에 맞는 형태나 기능을 갖춘 인간을 만들 수 있는 시대가 멀지 않았다는 이야기까지 들리고 있는 현실을 고려한다면, 의료행위의 개념은 점차 확대될 전망이다.

## 2. 특수한 의료행위

### (1) 미용성형수술

전통적으로 의료행위는 “환자의 증상을 진단하여 신체의 이상과 고통을 제거하고 치료를 통하여 건강을 증진시키는 행위 또는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다”라고 정의하여 왔다.

그러나 미용성형수술은 위에서 말한 의료행위와는 직접적인 관계가 없는 행위로서, 심리적으로 만족하기 위하여 인체에 침습을 가하므로 전통적인 의료행위개념과는 차이가 있다. 신체에 침습을 가하므로 전문지식을 가진 전문인이 아니면 위험을 초래할 수 있으므로 의료행위임은 틀림없다. 판례도 “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 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다<sup>27)</sup>”라고 정의하고 있다.

### (2) 인간복제

26) 추호경, 의료과오론, 육법사, 1992, 21면에 따르면 의료형태로서 질병의 치료·경감, 질병의 예방, 기형의 교정, 조산과 의술적 낙태, 치료목적을 위한 환자에 대한 시험, 의술의 진보를 위한 실험 등 여섯 가지를 들고 있다.

27) 대법원 2004.1.15. 선고 2001도298 판결.

### 1) 의의

현대에 많은 문제점을 보이고 있는 생명공학은 1973년 미국의 스탠포드대학의 코헨교수와 캘리포니아대학의 보이어교수가 외래유전자를 재조합하여 박테리아에 주입함으로써 인간에게 유효한 단백질을 생성할 수 있게 되었다. 이때부터 생명공학(Biotechnology)라는 용어를 본격적으로 사용하는 계기가 되었다.

이런 기술이 더욱 발전하여 1997. 2. 23. 영국 스코틀랜드의 로슬린 연구소에서 윌머트 박사가 6년생 암양의 체세포를 이용하여 동일한 개체인 복제양 돌리를 탄생시켰다. 그러나 복제양 돌리가 진정한 의미에서 복제라고 말할 수 있는가에 관해서는 아직도 논란이 되고 있다.<sup>28)</sup> 그리고 1999. 2. 12.에는 우리나라에서도 서울대학교 황우석교수팀이 젖소난자에서 핵을 제거하고 대신 그 암소의 체세포를 이식하여 젖소복제에 성공하였다. 만약 이 기술을 인간에게 적용시키는 경우에 어떤 문제가 발생할 것인가가 문제된다. 인간은 기술이 있다면 그 기술을 어떤 장애에도 불구하고 시험하려고 할 것이다. 그래서 제도적으로 통제가 필요하게 된다. 현재는 종교계, 법조계, 의학계 등이 이에 관하여 심각한 대립을 보이고 있다.

### 2) 인간의 복제

인간은 지구상에 존재하는 많은 동물과 마찬가지로 세포증식을 담당하는 핵과 각종 단백질로 이루어져 생명현상을 일으키고 있다. 그러므로 동물의 복제에 성공하였다면 인간복제도 큰 문제는 없어 보인다. 그러나 오

28) 유전자 복제 동물 1호인 복제양 돌리가 어미 양과 유전적으로 완전히 똑같지는 않다고 과학자들이 주장했다. 통칭 유전자로 불리는 세포 핵 속의 DNA를 말할 경우 복제양 돌리는 어미 양의 유전형질을 물려받았다. 그러나 세포 DNA중 1%를 차지하는 세포 핵 밖의 미토콘드리아 DNA(mt DNA)는 서로 일치하지 않는다는 것이 과학자들의 주장이다. 미국 뉴욕 컬럼비아대 에릭 손 박사와 복제양을 만든 영국 로슬린연구소의 이안 윌머트 박사는 복제양 9마리의 mt DNA를 검사한 결과 모체인 어미 양의 유전자 흔적을 전혀 찾을 수 없었다고 밝혔다. 돌리는 어미 양의 체세포와 핵을 제거한 난자를 결합시키는 방법으로 복제, 1996. 7. 탄생했다. 이렇게 체세포와 핵이 없는 난자를 결합시킬 경우 체세포는 난자에 비해 훨씬 적은 mt DNA를 갖고 있기 때문에 유전형질은 대부분 난자에서 나올 수밖에 없다는 것이 과학자들의 생각이다. 에릭 손 박사는 연구 결과 mt DNA에서는 유전형질의 대물림을 전혀 찾을 수 없었다면서 이는 난자가 어미 양의 mt DNA를 파괴시켰음을 시사하는 것이라고 설명했다(1999. 9. 7. 연합뉴스).

랜 세월동안 인간의 사상을 지배해온 여러 가지 문화현상이 이를 수용하지 못하고 있다.

인간은 난자와 정자가 사람의 몸에서 또는 시험관 속에서 하나로 합쳐져 수정란이 된 후 분화를 통해 배아와 태아로 성장하고 일정기간이 지나면 출산하게 된다. 정자와 난자는 각기 23개의 염색체를 지니고 있어 그 자체로는 하나의 생명체로 발전할 수 없지만 그 둘이 결합하여 수정이 이루어지면 각각이 갖고 있는 23개의 염색체가 하나의 세포를 이루고 그 세포는 46개의 염색체를 지니게 된다. 정자가 난자에 침투하면 수정란이 되는데, 이것은 유사분열을 통해 둥근 세포형질을 형성하고, 다시 세포가 분열하면서 수정란은 속이 빈 둥근 포배가 된다. 포배가 계속적인 세포분열을 통해 다음 단계인 낭배를 형성하고 전체적으로 수정 후 2주가 되면 비로소 배아가 된다. 배아기 동안은 모든 장기가 형성되는 시기이고 수정 후 8주가 되면 그 다음 단계인 태아가 되어 이 이후 장기는 양적인 단순성장을 하게 된다.

그러나 전적으로 태아까지 인간복제를 허용한다는 것은 인간의 존엄성과 여러 가지 유전적 위험성 때문에 부정적인 견해가 대부분이다. 과학자들이 인간복제를 주장하는 부분은 태아의 전단계인 배아까지를 말한다. 배아의 연구 효용성은 현재 인류가 안고 있는 불치병의 치료를 위해서 필요하다고 주장하고 있다. 즉, 생명과학자들이 과학 연구의 대상으로서 허용해야 한다고 주장하는 것은 수정 후 14일까지의 배아이다. 수정 후 14일까지의 배아는 개체성을 띠는 생명체라기보다 단순한 세포덩어리 상태라고 보아야 한다는 것이다. 기존의 인간과 똑같은 다른 개체를 만들어 내는 것이다. 이에 반해 인간배아복제는 의학적 치료기술의 발견 등 연구에 사용하기 위해 분할소구(blastomeres)를 하나씩 분리하거나 배아를 물리적으로 잘라 세포분열을 유도, 똑같은 형질의 배아를 만들어 내는 기술이다.

### (3) 인공수정

인공수정은 원래 인간과 동물을 가리지 않고 인위적으로 난자와 정자를 수정시키는 일련의 인위적 행위를 말한다. 동물에게는 일반화되어 있는 것이 사실이다. 그러나 여기서 문제되는 것은 사람이 정상적인 방법으

로 임신을 할 수가 없을 경우 사용되는 임신방법이다. 사용되는 정자에 따라 두 가지로 나뉜다. 즉, 남편의 정액을 사용하는 경우를 배우자간인공수정(AIH)이라 하고, 남편 이외의 남자의 정액을 사용하는 경우를 비배우자간인공수정(AID)이라고 한다. AID는 남편이 무정자증(無精子症)으로 남편의 정액으로는 도저히 임신을 할 수 없는 경우에 행한다. 실시방법은 AIH나 AID가 같다. 즉, 배란시기를 목표로 하여 용수법(用手法:手淫)으로 채취한 정액을 2시간 이내에 자궁강(子宮腔) 안에 주입한다. 그 사이의 조작은 모두 무균적으로 행한다. 또한, 냉동보존정액을 사용한 예도 있다. AID의 경우 법률상·호적상으로는 부부의 자식이지만, 의학적으로는 모(母)는 생모이지만, 부(父)는 다르므로 후일에 문제가 야기되지 않도록 하기 위해 서약서를 받거나 정액제공자를 알지 못하게 비밀을 지키도록 되어 있다.

그리고 여러 가지 이유로 체내수정을 할 수 없을 때 체외수정이 있는데, 이는 난관통과시 장애가 있을 경우 앞에서 말한 인공수정은 적용되지 않는다. 그래서 고안해 낸 것이 난자를 몸밖으로 꺼내어 수정시키는 방법이다. 1978년 영국의 생리학자 에드워즈와 산부인과 의사 스텝토가 처음으로 성공한 것으로서, 내시경(內視鏡)을 이용하여 복강 안에서 배란된 난자를 채취하여 시험관 안에 정자를 넣어 수정시키는데, 상실기까지 수일간 배양한 다음, 다시 자궁에 돌려보내어 착상시킨다. 이와 같은 방법으로 체외인공수정으로 출산된 아이를 시험관 아이라고 부른다.

### 3. 확장된 의료행위의 특수성

물론 전통적인 의료행위에서 말한 의료행위의 특수성도 확장된 의료행위의 특수성에 포함됨은 말할 필요가 없을 것이다. 확장된 의료행위에는 몇 가지의 특수성이 추가되고 있다고 볼 수 있다.

#### (1) 고도의 학문성

확장된 의료행위의 부분은 대부분 고도의 학문성이 요구된다. 현대와 같이 학문이 고도로 발전되지 못한 과거에는 생각할 수 없었던 분야라

볼 수 있다. 이로 인하여 일반인은 이해하지 못하고 더욱더 고도의 전문 분야가 되어 많은 문제가 있다. 소송에서 입증문제라든지, 치료비용 문제가 그것이다.

#### (2) 학문의 복합성

현재의 의술은 의학 이외에 공학·생물학 등 많은 학문이 복합되어 가능한 것이 대부분이다. 이로 인하여 단독 시술은 불가능하고 합동진료, 합동시술이 일반화되어 특수한 진료형태를 이루고 있다.

#### (3) 윤리와 철학의 문제

고도로 발달한 현대 의학은 지금까지 인간이 생각해왔던 모든 윤리적인 문제와 철학적인 기반을 송두리째 바꾸는 결과를 가져왔다고 볼 수 있다. 그러므로 이제는 의료행위의 문제를 접근하는데 있어서 단순히 의료분야만 생각할 것이 아니라 사회전반에 끼칠 영향을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

#### (4) 개념의 발전성

의료행위의 개념은 의학과 기타 학문의 발전에 따라 발전하고 변화하는 특성을 가지고 있어서, 앞으로 어떻게 확장될지 예측하기 힘든 것이 사실이다. 우리나라 판례만 보아도 의료행위를 처음에는 “질병의 예방 또는 치료행위”가 포함된 행위를 가리키는 것으로 보았는데(대법원 1972.3.28. 선고, 72도342 판결), 그 이후의 판례는 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다고 하여(대법원 2004.1.15. 선고, 2001도298 판결) 많은 변화를 알 수 있다.

### 4. 판 례

특수한 의료행위의 한 형태로 미용성형수술에 대하여 판례는 처음에는

미용수술을 의료행위개념에 포함시키지 않았다가(대법원 1972.3.28. 선고, 72도342 판결) 후에 의료행위로 포함시켰고(대법원 1974.11.26. 선고, 74도 1114 판결), 그 후에 최근 판례는 미용성형수술을 의료행위로 보고 있다(대법원 2002.11.5 선고, 2002다48443 판결). 현재의 모든 판례는 위에서 살펴보았듯이 미용성형수술에 관해서 의료행위의 개념에 포함시키고 있음에는 異見이 없다. 미용수술도 잘못 하여 부작용이 생기는 보건위생상 많은 위해를 끼칠 수 있기 때문이다. 의료법에 의료행위의 개념이 명시되지 않아 위와 같이 미용수술을 의료행위의 범주에 포함시킬 것인가는 학설과 판례로 판단할 수밖에 없을 것이다.

#### IV. 사회상규상의 의료행위

##### 1. 의 의

일반적으로 사회에서 행하여지고 있는 건강증진에 관한 여러 가지 민간 치료행위를 의료행위로 볼 것인가에 관해서는 위에서 본 바와 같이 사회의 관념의 변화에 따라 변할 수도 있을 것이다. 예컨대 우리사회에서 행하여지고 있는 안수기도, 기치료, 무당의 치료행위, 수지침, 찜질, 주체에 손등을 따는 행위, 어머니가 자식의 치아갈이를 도와주는 행위 등은 민간요법으로 예전부터 치료의 한 수단으로 이용하고 있는 것이 사실이다. 이런 행위들을 의료행위에 포함시킬 것인가의 문제는 사회의 통념을 넘어선 행위인가로 구분하는 것이 옳다.

형법이나 의료법의 대상이 되려면 사회상규에 해당하지 않고 이 법들의 구성요건을 충족하는 것이라야 할 것이다. 물론 의료법이나 형법의 대상에서 제외된 경우라도 민사적 책임까지 면하는 것은 아니다.

##### 2. 사회상규상 의료행위의 특수성

어느 사회나 마찬가지로 그 지방의 특유한 관습이 존재하기 마련이다. 의료행위에 있어서도 그 사회의 특유한 의료행위가 존재할 수 있다.

예를 들면 손등을 떠다든지, 일정한 약초를 복용한다든지 하는 여러 가지 그 지방의 특유한 치료행위가 존재한다.

이러한 것을 의료행위로 볼 것인가에 관해서는 기존의 의료행위개념에 포함시키기에는 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 만약 의료행위로 인정 이 안 된다면 위법성을 조각하지 않은 위법한 행위가 되어 형사처벌을 받아야 한다. 판례에서도 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위라 함은 법 질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되 지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사 정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것 인바, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익 과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법 이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다”라고 하여 일정한 경우에 사회상규상 인정되는 의료행위라고 보고 위법성을 조각한다고 한다.

### 3. 판 례

사회상규상 허용되는 의료행위인지 아닌지의 구별실익은 행위자가 형 사처벌을 받을 것인가의 여부에 있다. 만약 여러 가지 정황에 비추어 사 회상규상 의료행위에 해당하면 위법성을 조각할 수도 있을 것이다. 즉, 사회적으로 널리 행하여져왔고 본인의 요구에 의하여 한 행위가 결과적 으로 사회상규의 정도를 넘지 않는 것이라면 형사처벌만은 면할 수도 있 을 것이다.

[판례1] 찜질팩 사용 후에 지나친 가열로 물질 또는 화상이 발생한 경우 의료 행위에 해당하는지의 여부(대법원 2000.9.8. 선고, 2000도432 판결)

의료법 제25조 제1항에서 말하는 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하 는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상



위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 돌동이 들어있는 스테인레스 용기를 천과 가죽으로 덮은 찜질기구를 가열하여 암 등 난치성 질환을 앓는 환자들에게 건네주어 환부에 갖다 대도록 한 행위는 명백히 암 등 난치성 질환이라는 특정 질병에 대한 치료를 목적으로 한 것이고, 이를 장기간 사용할 경우 피부 등에 화상을 입거나 암 등 난치성 질환을 앓고 있는 환자의 신체에 다른 부작용이 일어날 가능성을 배제할 수 없으므로, 이러한 치료행위는 의학상 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 비록 찜질기구의 가열 후 온도나 사용방법에 비추어 화상의 우려가 적다거나, 직접 환자의 몸에 손을 대지 않거나, 약물을 투여하는 등의 진찰행위가 없다고 하여 결론을 달리 할 것은 아니다.

[판례2] 수지침의 행위가 “형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미 및 정당행위의 성립 요건”에 해당하는지 여부(대법원 2000.4.25. 선고, 98도2389 판결)

일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조에 의하여 처벌되어야 하고, 수지침 시술행위도 위와 같은 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 것이나, 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 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 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.

[판례3] 환자에게 질병을 낫게 해 달라고 기도를 하게 한 다음 환부 등 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져 주는 방법으로 시술한 것이 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 1992.3.10. 선고 91도3340 판결)

어느 행위가 의료행위인지 여부는 구체적 사안에 따라 가려져야 하고, 그 판단 기준은 의학상의 전문지식과 자격을 가진 의료인(의사 등)이 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 하는 것이 사람의 생명, 신체나 일반 보건위생상의 위

험이 발생할 수 있는 것인지 여부에 의하여 가려져야 할 것이므로 환자들에게 질병을 낮게 해 달라고 기도를 하게 한 다음, 환부나 다른 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져 주는 방법으로 시술을 하였다면 이러한 행위는 사람의 생명, 신체나 공중보건위생에 무슨 위험을 초래할 개연성은 없는 것이므로, 이를 의료 행위에 속하는 것으로 볼 수 없다.

## V. 결 어

위에서 살펴 본바와 같이 의료행위의 개념은 고정된 것이 아니고, 그 사회의 의료윤리와 과학의 진보에 따라 변하는 발전적 개념이다. 특히 현대사회에서는 BT산업의 눈부신 발달로 인하여 예전에는 아무도 예측할 수 없었던 부분까지도 의료의 분야로 편입될 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 우리나라 의료법에는 의료행위의 개념이 명시되지 않아서 일본에서 정립된 개념을 판례에 인용하고 있는 것처럼 보인다. 즉, 판례는 “제25조 제1항 소정의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다”라고 하고 있다. 이에 대한 법규정으로서의 명시적인 의료행위의 개념에 대한 정립이 요망된다.

최근 인간의 힘으로는 치료할 수 없는 여러 가지 질병이 대두되어 대체의학이나 민간요법이 널리 이용되고 있는 것이 현실이라고 볼 수 있다. 이러한 행위를 의료행위의 분야에 포함시켜야 할 것인지 아니면 금지시켜 선의의 피해자를 보호하여야 할 것인지가 문제가 된다. 의료관계분야가 발전하는 만큼 이에 맞는 제도도 정비되어 인간이 피해를 보는 일이 없어야 할 것이다. 특히 인간의 복제와 같은 분야에서는 인간의 존엄과 가치와 인간에게 필요한 과학의 발전을 잘 조절하여 궁극적으로 인간에게 이롭게 발전시켜나가야 하겠다.