

## 물리치료사에 대한 의사의 “지도”의 목적론적 해석

이주일<sup>†</sup>

신라대학교 공공인재학부 법학전공

### A Teleological Interpretation of a Doctor’s “Guidance” for Physical Therapist

Ju-II Lee, Dr. JUS<sup>†</sup>

Dept. of Law in Division of Public Service, College of Humanities and Social Science, Silla University

Received: April 24, 2018 / Revised: April 25, 2018 / Accepted: April 26, 2018

© 2018 J Korean Soc Phys Med

#### | Abstract |

**PURPOSE:** The law pertaining to medical service technologists does not discuss the scope and limits of doctors’ guidelines. My paper aims to discuss these topics.

**METHODS:** This study was based on a review of literature and an analysis of judicial precedents.

**RESULTS:** Physical therapists have often noted the need for independent practitioners in their articles on health care. Their continued discussions on professional and educational differences have centered round this issue, but their ideas have not been accepted. Practitioners have continued to interpret doctors’ guidelines in hospitals without discussing their scope. However, the Supreme Court presented a meaningful decision outlining the conceptual limits and the scope of medical practice. The court suggested, basing its interpretation in the goal of clarifying the concept of medical

activities smoothly, was to follow a specific judgment on the levels of education, testing, and professionalism.

**CONCLUSION:** The role of physical therapists is expanding in this country, in order to meet the needs of the ultra-aged society. Education is already responding to rising training needs. By dividing the doctors’ guidelines into indirect and direct types, if there’s no medical risk near or around the health center or hospital, it is a good idea to allow the management of physical therapy partially, while understanding the scope and limitations of these guidelines clearly. A teleological interpretation of the law is especially relevant, and can be implemented immediately by the authoritative interpretation on part of the health authorities without any legal amendments.

**Key Words:** Legal-discussion, Medical service technologists, Physical therapist, Teleological interpretation of the law, The constitutional court

<sup>†</sup>Corresponding Author : Ju-II Lee

leejuil@silla.ac.kr, <https://orcid.org/0000-0002-3348-967X>

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

## I. 서론

의료행위와 관련하여 헌법재판소에서 쟁점이 되는 가장 많은 부분은 의료행위란 무엇인가에 대한 논쟁일

것이다. 이러한 논쟁의 본질은 의사들이 행하는 의료행위의 역할과 범위를 어떻게 볼 것인지에 대한 것이라 할 수 있다. 의료행위에 대한 사전적 의미를 소개하지 않더라도 의료행위에 대한 시민의 법감정 속에 그것이 무엇을 의미하는지 이해하기란 어렵지 않을 것이다. 즉 의료행위란 국민의 생명과 신체 및 정신 건강을 증진시켜 국민 모두가 행복한 삶을 영위할 수 있도록 하는 의료인의 모든 활동이라고 할 수 있다. 따라서 그 동안 논쟁의 주된 방향은 의료행위를 규정한 의료관련 규범을 근거로 그 행위가 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반하는가에 대한 것이었다는 점이 주지의 사실이다(헌법재판소 2009. 12. 18. 2009헌마736). 하지만 최근에는 의료법에서 규정한 의료행위의 범위와 역할에 대한 논쟁의 주된 방향이 되고 있다. 그리고 최근에 대법원에서 의료행위 범위와 역할에 대한 매우 의미 있는 판결이 나왔다. 그 동안 면허된 의료행위란 무엇인가에 대한 구체적인 규정을 두고 있지 않고, 이러한 면허된 의료행위를 위반한 경우에 형사처벌까지 받을 수 있음에도 불구하고, 각각의 의료인의 업무 영역에 대한 기준이나 포섭 가능한 범위를 어디까지 볼 것인가에 대한 규정이 없고, 이에 따라 죄형법정주의 명확성원칙에 반하는지의 여부가 다투어져 왔다(헌법재판소 2005. 5. 26. 2003헌바86)는 점을 지적하면서 의료법상 의료행위의 구분과 역할을 명확하게 하지 않은 이유에 대해 대법원에서 다음과 같은 입장을 밝혔다. “의료행위의 종류가 극히 다양하고 그 개념도 의학의 발달과 사회의 발전, 의료서비스 수요자의 인식과 요구에 수반하여 얼마든지 변화될 수 있는 것임을 감안하여, 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인한다.”(대법원 2016. 7. 21. 2013도850)라는 입장을 밝히면서, 구체적 판단의 기준으로 입법의 목적, 규정의 취지, 기초되는 학문적 원리, 교육과정이나 국가시험 등을 통한 해당 의료행위의 전문성 확보의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다는 점을 밝히고 있다.

의료법상 의료행위는 그럼에도 불구하고 의사의 전문적 권리로 이해되는 측면이 아직도 강하다. 그것은

의료행위의 본질이 사람의 생명이나 신체, 일반적으로 공중위생에서 발생할 수 있는 위험을 사전적으로 방지하여 궁극적으로 국민의 건강을 보호하고 증진할 수 있을 것이라는 사회적 인식에 기인한 것으로 의료행위에는 고도의 전문성이 요구된다는 인식의 공유가 존재하는 것이라 할 것이다. 그럼에도 대법원에서는 의료행위로 인정할 수 있는 행위가 구체화하기 어려울 정도로 다양하고, 그 개념 또한 의과학의 발달과 공동체의 발전, 의료서비스의 수요자의 인식과 요구에 수반하여 얼마든지 변화될 수 있다고 판단하였으며, 따라서 대법원의 판단은 의료행위를 법률로 규정을 구체화하기 보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법정책적 의지에 기인한 것이라 할 것이다(대법원2016. 7. 21.2013도850). 오늘날 시민의 인식 속에서 의료의 개념 또한 질병 없는 건강한 삶을 넘어 아름다움, 삶의 질의 향상, 행복 등 사회적 웰빙이라는 개념으로 확대되고 있다(Lee, 2008). 이러한 점에서 ‘의료기사 등에 관한 법률(이하 의료기사법)’에서 규정하고 있는 ‘의사 또는 치과의사의 지도’라는 규정에 대한 논의가 필요한 시점인데도 불구하고 지도의 규범학적 의미와 한계 등에 대한 논의가 일천한 실정이라 할 수 있다. 대법원 판례에서 지적하고 있는 것처럼 의료행위는 사회적 변화에 따라 해석의 재량을 인정하고 있기 때문에 ‘의사 또는 치과의사의 지도’라는 규정에서 지도라는 의미가 사회통념상 용인될 수 있는 한계를 지녀야 함은 너무도 당연한 것이라 생각된다. 따라서 본 연구는 지금까지 발생하고 있는 의사와 물리치료사의 직역간의 다툼을 완화하고 이를 통하여 보건의료의 발전에 기여하고자 하였다.

## II. 본 론

### 1. 법해석의 필요성

사회가 있는 곳에 법이 존재한다는 것은 주지의 사실이고, 우리나라의 경우에도 근대적 법치주의 정신을 토대로 한 법치국가라 할 수 있다. 그리고 대법원에서 의료행위의 개념에 대한 해석을 하면서 “의료행위의 종류가 극히 다양하고 그 개념도 의학의 발달과 사회의

발전, 의료서비스 수요자의 인식과 요구에 수반하여 얼마든지 변화될 수 있는 것임을 감안하여, 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인한다.”(대법원 2016. 7. 21.2013도850)라는 점을 밝히고 있다. 따라서 이제는 의료기사법에서 규정하고 있는 ‘의사 또는 치과의사의 지도’라는 문구에 대한 합리적인 법해석이 필요한 시점이 되었다고 판단된다.

먼저 법해석의 기본원리에 대한 검토를 하고자 한다. 물리치료사의 업무와 관련된 우리 헌법재판소의 입장은 “서양의학에 기초한 의학지식과 진단 방법을 기초로 근골격계, 신경계, 심폐혈관계, 피부계 질환을 각종 의료기기 및 물리적 요법을 이용하여 치료하는 행위로, 한의학에 기초를 두고 경락과 경혈에 자극의 대상을 두고 있는 한방물리요법과 차이가 있고, 물리치료사 교육 과정 및 시험 과목을 보더라도 물리치료사가 한방물리치료를 할 수 있는 기본지식이나 자격을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 따라서 한의사에게 물리치료사에 대한 지도권을 인정하지 아니한 의료기사법은 직업수행의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 없다.”(헌법재판소 2014. 5. 29. 2011헌마552)는 입장을 가지고 있다. 본질적인 문제는 ‘지도’라는 의미와 한계의 모호성에서 기인한 것이라 할 수 있다. 지도의 한계와 범위에 대한 명확한 입장 없이 한의사의 지도 하에 물리치료사가 물리치료를 하지 못하도록 규정한 의료기사법은 직업수행의 자유를 침해하는 것이 아니라는 입장을 견지하면서 ‘의사의 지도’를 정당화하고 있다. 보건의료분야에서 최고의 전문성을 인정받는 인력이 의사임을 인정한다고 하여도 과거와 달리 다양한 보건의료분야의 전문가가 양성되고 있다는 점에서 의료기사법에 의한 의사의 지도의 개념에 대한 보다 합리적인 해석이 필요하다고 할 것이다. 의료행위와 관련하여 법원의 입장을 보면 주로 무면허의료행위를 문제삼고 있는데, 이는 의료인이 아닌자의 의료행위 또는 의료인이 면허를 받은 것 이외의 의료행위를 하는 경우가 문제가 되어 왔다(Moon 등, 2004). 문제는 의료행위를 면허한 법적인 본질이 의사라는 면허증에 주어진 권리 또는 특혜가 아니

라 일정한 사유에 의하여 금지하였던 것을 의사에게 할 수 있도록 면허하였다는 의미라고 할 수 있다(Lee, 2007; Ha, 2010). 즉 의료행위는 의사에 의해 행해지는 행위가 아니라 의사에게 면허를 주어 허용한 행위라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 내용에 대한 합리적 해석방법에 대해서는 논의가 없는 실정이다. 그리고 ‘의사 또는 치과의사의 지도’라는 문구에서 ‘지도’라는 의미가 의료행위의 본질적인 부분이 아니라 ‘지도’라는 형태의 변화에 불과한 것임에도 불구하고 지금까지 별다른 근거와 이유도 없이 행정해석과 사법해석이 행하여져 왔다는 점에서 해석학적 논의의 접근 방법은 중요한 의미를 가질 수 있을 것이라 사료된다.

## 2. 법해석의 일반론에 대한 검토

대법원에서는 의료관련법제에서 의료행위라는 개념이 명확하게 규정되지 않은 이유에 대한 헌법재판소 판례를 통해 의료행위의 개념은 합리적 법해석에 맡겨야 됨을 천명하였다. 하지만 법이란 가능하면 구체적이고 명확하게 만들어 해석의 여지를 남기지 않는 것이 필요하다. 더욱이 의료관계법의 경우에 이를 위반할 때 형사처벌을 받게 된다는 점에서 가장 엄격한 규율의 대상으로 삼고 있다. 하지만 현실적으로 의료관계법의 법문은 일반적이고 추상적인 성격의 문장으로 이루어져 있다. 그리고 이러한 법문의 특성은 법규범의 의미와 내용을 판단하고 규정하기 위해 해석론이라는 규범학적 접근방법을 가장 중요한 수단으로 사용하고 있다. 하지만 간혹 해석론적 법해석은 해석하는 자의 자의적이고 독단적인 해석으로 인하여 당면한 사건이나 분쟁이 왜곡될 수 있는 역기능이 발생하기도 한다. 따라서 법조계에서는 법해석학을 통하여 분쟁을 해결하고자 할 때 법해석에 대한 당사자의 자의성을 줄이려는 노력을 경주하여 왔다. 이에 따라 의료기사법에서 규정한 ‘지도’라는 단어를 목적론적 해석을 근거로 의미규정에 대한 한계의 모호성을 지적하고, 명확성의 원칙을 기초로 한 법해석학적인 접근을 시도해 보았다.

일반적으로 의료행위는 주로 진단하는 행위와 처치하는 행위, 예방하는 행위, 진단을 위한 상담이나 문진, 치료행위, 수술행위, 의약품에 대한 처방행위 등이 포

합된다고 할 수 있을 것이다. 의사들의 의료행위에 대한 범주는 시대적 사회적 변화에 따라 해석이 달라질 수 있음을 볼 수 있다. 과거 성형수술행위에 대한 법원의 판단을 보면 질병의 예방이나 치료행위에 해당하지 않는 성형수술은 의료행위의 범주에 포함되지 않았음을 알 수 있다(대법원 1972. 3. 28. 72도243). 하지만 사회통념의 변화를 이유로 하여 성형수술을 의료행위에 포함시키는 등(대법원 1974. 11. 28. 74도1114)의 사법해석은 보건의료의 행위를 지나치게 제한적으로 해석하려는 경향이 있음을 보여주는 것이다. 물리치료사에게 통증부위에 대한 쪽지를 보내어 지도하고 이를 물리치료사가 자신의 판단으로 동통점을 찾아내어 침을 놓은 행위를 무면허의료행위로 판단하는 점 등을 보면 의사의 지도의 의미 또한 모호성을 지니고 있다고 판단된다(대법원 2002. 9. 23. 2002도2014). 국민의 건강을 증진하기 위한 다양한 의학적, 유사 의학적 방법론은 과학적이고 체계적인 방법으로 지속해서 확대되고 있는 추세이다. 이러한 시대의 변화에도 불구하고 우리의 사법해석은 사회통념을 이유로 의료행위의 범주를 확대 해석하여 지나치게 제한하려는 경향을 보이고 있다. 하지만 최근에는 치과의사와 관련된 사건에서 의료행위의 유연성에 대한 새로운 입장을 보였다는 것이 대단히 고무적인 일이라고 할 수 있다. 따라서 본 연구에서 의료기사법에서 규정한 ‘의사 또는 치과의사의 지도’에 대한 법해석의 의도가 의료행위의 범주를 확대 혹은 축소하려는 것이 아니고 ‘지도’의 범위와 한계를 보다 구체적이고 명확하게 제시하여 현재 당면하고 있는 의사와 물리치료사 상호간의 업무 범위와 책임의 판단 기준을 구체적으로 제시하고자 하는 것이다.

### 1) 법해석의 기본

시대가 변하고 보건의료에 대한 시민들의 인식도 변하고 있다. 모든 분야에서 수요자의 입장이 더 크게 고려되는 경향을 보이고 있지만 의료의 현실은 그렇지 못한 것이 사실이다. 여전히 의료행위와 관련해서는 사회통념이라는 모호한 개념을 근거로 법률과 양심에 따른 재판이 이루어 지고 있다. “법의 해석이라 함은 법규범이 가지고 있는 의미를 명백하게 하는 것을 말한

다”(Sonn, 2004)라는 말처럼 해석은 객관적이고 합리적이어야 한다. 우리의 사법부는 개별 구체적 사정을 종합한 사회통념을 전가의 보도처럼 인용하고 있다는 점에서 법해석의 기본에 충실한 것인가에 대한 비판을 제기하여야 할 것이다. 일반적으로 법해석은 크게 유권해석과 학리해석으로 나누어 진다. 보통의 경우에 법의 해석이라고 함은 학리해석을 의미한다. 따라서 법해석은 학리해석을 이용해 법규의 의미와 내용을 구체적이고 명확하게 해석하는 것이 필요하다(Jung, 2003; Byun, 2006). 형식적 권위를 가지고 있는 유권해석 또한 반드시 학리해석을 기초하여야 함은 당연한 법해석의 이치라 할 것이다(Sonn, 2004). 그럼에도 불구하고 정치적이해관계와 법해석론자들의 이해관계에 따라 그 객관성과 일관성이 담보되지 못하는 면이 존재하는 것을 적지 않게 발견할 수 있다(Sonn, 2004). 해석의 기본을 법문이 지닌 의미 그대로 해석하는 태도를 문리해석이라 하는데, 법이 의미하는 것을 확정하는 기본방법에 해당한다. 근대 시민혁명을 거치면서 법치주의 국가가 형성되었고, 이러한 법치주의 국가의 기본원리로 작동하는 것이 법에 의한 지배라는 점은 누구나 알고 있는 사실이다. 따라서 법문은 시민혁명 이전에 있었던 왕을 비롯한 권력자들의 자의적인 통치로부터 시민의 인권을 보장하기 위하여 국가와 권력자의 자의적인 해석을 통제하고, 가능하면 불가치적인 해석이 가능하도록 구체화하고 명확하게 만들어야 하며, 그 해석 역시 문리해석을 기본으로 하여야 한다고 하였다. 이러한 관점에서 의료기사법 제1조를 보면 “의사 또는 치과의사의 지도” 아래에서 물리치료사가 직무를 행할 수 있다고 하고 있을 뿐, 이러한 지도의 의미와 내용에 대한 구체적인 내용은 고도의 전문성이 요구되는 의료행위를 수행하는 주체인 의사 등에게 일임하고 있어, ‘의사의 지도’라는 개념을 어떻게 정의 할 것인지에 대한 구체적인 논의와 해석은 없는 실정이다. 다시 말해 지도의 개념을 지시, 감독, 조언, 의뢰권 또는 처방권 등의 다양한 형태로 이해할 수 있음에도 불구하고 지도에 대한 분명한 개념 정의가 이루어지지 않고 있기 때문에 문리해석에 어려움이 발생할 수 밖에 없는 실정이다. 단순히 지도라는 개념을 어떻게 정의 내릴 수 있는가에 대해

여 생각해보아도 직접지도와 간접지도로 나눌 수 있을 것이다. 물론 실제 의료현장에서 의사의 직접적인 지도가 더 바람직한 의료체계인가에 대한 논의도 분분할 수 있을 것이다. 예를 들어 응급구조와 관련된 논의에서 보면 실제로 심폐소생술과 같은 처치의 경우에 의사의 직접지도 필요성에 대하여 의사가 더 소극적이라는 점에서 보면 의료행위의 전반에 대한 직접 지도를 필요로 하는 것은 아닐 것이라는 점을 스스로 인정한 측면도 나타난다(Hong 등, 2013). 따라서 지도의 한계와 범위를 명확하게 하는 것이 필요하다고 본다. 따라서 구체화가 능성, 예측가능성에 대한 신뢰를 위하여 지도의 개념에 법해석의 기준이 제시될 필요가 있다. 물론 문리해석이 해석의 기본임에는 분명하지만 문리해석을 통한 법해석이 완전하다고 할 수는 없을 것이다(Sonn, 2004). 특히 의료관계법에서 말하는 의료행위에 대한 개념의 모호성이 존재하고 이를 이유로 수많은 법적인 논쟁이 있어왔기 때문에 이러한 경우에는 더욱 문리해석에 어려움이 발생한다고 할 수 있다. 일반적으로 지금까지 의사의 지도와 관련된 논의는 의사와 물리치료사와의 관계를 독자성 혹은 수평적 관계로 볼 것인가에 대한 것이 주요 사안이었다. 특히 이러한 논의는 주로 물리치료사에게 일정부분에 대한 독자적 업무를 허용하는 방안에 대한 법의 개정이 필요하다는 법개정의 필요성을 제기하는 것이었다(Lee and Park, 2010). 그 이유가 의료기사법에서 물리치료사는 의사의 지도 하에서 물리치료 행위를 하도록 규정하고 있지만, 지도의 구체적 방법에 대한 규정은 존재하지 않고 있기 때문이다. 따라서 이러한 문제를 우선적으로 법해석학적인 측면에서 논의하는 것은 반드시 필요한 사항이라고 판단된다. 법은 국가에 의하여 국민을 통제하는 수단이다. 따라서 법은 그것을 적용 받는 대상자에게 그 의미와 내용이 가능하면 명확하게 전달 될 때 그 법의 실효성과 신뢰성은 높아질 것이다. 이러한 관점에서 지금의 의료기사법에서 제시하고 있는 규정은 그러한 의미의 명확성과 내용의 신뢰성을 담아내지 못하고 있다고 판단된다. 법률의 형평성을 고려한다면 법의 해석은 제정 당시보다는 오히려 판결을 시점으로 기준을 정하는 것이 일용 타당성이 높은 해석의 방법이 될 것이다. 그럼에도 불구하고

우리 사법해석과 행정해석의 태도는 이러한 판단에서 역행하여 점차적으로 의료행위의 범주를 확대하여 의사의 의료주체성을 더욱 공고히 하는 쪽으로 해석을 하고 있다는 점에서 해석의 기본을 충실하게 지키면서 해석했다고 보기 어렵다. 해석을 행함에 있어서 주의할 점은 법은 시민의 도구이지 특정한 전문가를 위한 도구가 아니라는 점이다. 따라서 법문은 통상적인 의미로 해석되어야 한다는 점이다. 그럼에도 불구하고 우리의 법리해석에서는 이러한 점을 쉽게 놓쳐버리는 실수를 범하기도 한다. 의료기사법에서 의사의 지도와 관련된 행정해석과 사법해석은 이러한 점에서 문제점을 노출하고 있다고 판단되며, 보통 문리해석의 원칙은 법이 추구하는 목적이나 내재적 가치와는 무관하게 형식의 논리적 전개를 통하여 우리 공동체가 추구하는 가치와 목적이라는 실천적인 요청으로부터 유리되는 결과를 초래하기도 한다. 따라서 문리해석을 통한 법해석에 모호성이 있는 경우에 법의 취지를 보다 더 명확하게 반영할 수 있는 해석이 필요하게 되며, 이를 해결할 수 있는 좋은 방법으로 목적론적 해석이 등장하게 되었다(Sonn, 2004).

## 2) 목적론적 해석

목적론적 해석은 법치주의 국가에서 법의 지배가 이루어지고 있는 상황에서 법문이 가진 의미를 객관적이고 몰가치적으로 해석하는 것에 한계를 가질 수 밖에 없는 실천적 가치에서 출발한 것이다. 법문의 의미에 치중한 형식론적 해석이 아니라 법이 분쟁을 해결하는 도구로서 그 분쟁에 대처하기 위하여 법규범이 추구하는 자체의 목적, 법의 기본적인 이념과 사상, 문제가 된 영역의 통념 등을 고려하여 해석하려는 입장이다(Han, 2013). 이처럼 목적론적 해석방법론은 언어가 지닌 의미를 그대로 해석하는 문리해석의 한계를 극복하고 공동체에서 발생한 분쟁을 해결하기 위한 실천적 도구인 법의 합목적성과 구체적 타당성이라는 법의 이념에 충실하고자 한 것이다. 따라서 목적론적 해석은 문언이 지닌 의미 그 자체보다 합목적성과 구체적 타당성을 위하여 필요한 입법자가 법을 제정할 당시의 의도에 머물러 있는 것이 아니라, 시대의 변화와 상황의

변화에 부합하는 개별구체적인 상황에 맞는 문제변증법적인 해결방법을 찾아갈 수 있는 역할을 수행하기 때문에 매우 가치가 있으며 해석의 궁극적인 방법이 될 수 있다는 입장이 지지를 얻게 되었다.

목적론적인 해석은 법문이 지닌 의미 그대로 해석하는 것이 오히려 그 법이 추구하는 본래의 목적에 부합하지 않는 경우 그 해석의 범위를 법의 이념이나 목적에 따라서 합리적으로 확장하거나 축소하는 방법을 사용하여 그 법이 현실상황과 법의 가치를 공존시키는데 기여하는 역할을 할 수 있도록 하는 해석방법론으로 법해석에서 최종적인 종착역이 될 수 있다는 평가를 받고 있다. 법이 추구하는 목적이 무엇인가에 대한 자의적인 해석의 여지는 분명히 존재한다. 그럼에도 불구하고 성문법주의가 지닌 한계와 더불어 의료행위의 주도적 역할을 수행하는 의사 등의 전문성과 특수성을 고려하여 법기술상 어려움이나 문제해결을 위한 구체적인 예측이나 신뢰의 어려움이 있는 경우에 일반조항을 두고 이를 필요와 목적성을 고려하여 해석할 수 있게 길을 열어놓고 있다는 점에서 목적론적 해석의 필요성은 대단히 유의미한 의미를 가진다(The Law Research Institute Yeungnam University, 2005).

법원이 밝히고 있는 의료행위의 개념을 살펴보면 “의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방 또는 치료를 목적으로 하는 행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위” (대법원 2002. 10. 23. 2004도3405)를 의미한다. 의료행위의 특별한 전문성을 인정하고 제한적 행위권을 가지도록 한 것은 입법정책의 문제이겠지만, 그 법문 속에는 의료행위가 지닌 환자에 대한 생명과 신체의 위험성을 최소화하려는 의도가 내재되어 있다고 볼 수 있다. 특히 의료행위로 인한 위험은 환자 개개인의 특이함으로 인해 쉽게 예측하기 어렵기 때문에 의사 등과 같은 전문가 집단에게만 그 행위를 할 수 있도록 재량성을 인정하고 있는 것이다. 따라서 의료행위와 관련된 법 개정에서 그 법이 가지고 있는 합목적적인 해석의 가능성을 먼저 검토해 보아야 한다. 비록 법률용어의 추상성과 탄력성, 언어가 지닌

의미의 불명확성, 사회적 환경의 변화, 법사회주의자들의 입장과 다소 배치되는 부분이 있다고 할지라도 법해석이 사회발전의 변화, 학문발전의 변화에 탄력적으로 대응하고 법의 이념 상호간에 균형을 이룰 수 있기 위해서는 합리적인 법해석 방법이 필요하다고 할 수 있다. 그런 의미에서 목적론적 해석은 입법자의 법제정의 목적, 법이 추구하는 기본적 정신, 문제가 제기된 사항들을 고려하여 해석하려는 입장이기(Han, 2013) 때문에 의료관련법에 대한 목적론적 해석은 입법취지와 부합한 것이라고 할 수 있다.

의료기사법 제1조에서 의료기사법의 목적이 “국민의 보건 및 의료 향상”을 위한 것이라고 규정하고 있다. 입법의 목적은 중요하게 고려되어야 한다. 그러나 여기서의 입법목적은 입법 당시의 목적에 머물러 있는 고정된 의미이거나 입법자의 의사가 아닌 법이 추구하는 합리적 목적이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 반면 목적론적인 해석은 어떻게 해석하는 것이 정의와, 형평, 공공의 이익에 적합한지를 항상 고려한다는 점에서 문리해석과 차별화 될 수 있다. 이러한 관점에서 비교법적인 검토 또한 의미를 가지는데 물리치료사의 업무와 관련하여 직무의 독자성을 우리나라처럼 제한적으로 이해하는 국가가 매우 소수라는 점은 의료기사법에 대한 목적론적 해석이 필요함을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

### 3) 목적론적 축소해석의 필요성

의료기사법 제2조에서 의사의 지도에 대해 규정하고 있고, 물리치료사의 직무의 한계에 대하여 의료기사법시행령에서 그 업무의 범위를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 의사의 지도에 대한 어떠한 한계나 입법취지 등을 고려한 목적론적인 법해석의 필요성에 대한 논의는 지금까지 없었던 것으로 판단된다. 일반적으로 목적론적 해석은 확장해석과 축소해석으로 구체화된다. 허용된 확장해석은 법문의 의미가 너무 좁아서 이를 목적론적으로 확대해석하는 것을 허용하고 이를 허용된 해석이라 한다. 법문의 의미를 의미 그대로 해석하는 것이 법의 목적이나 합리성이 부족한 경우에 목적론적으로 확대하거나 추고하는 것은 가능한 해석이 되

고 있다. 보통의 경우에 법규정의 본질적 훼손이 없는 한도 내에서 합리적으로 해석하여 법률이 사회적 상황과 시대적 상황을 반영할 수 있도록 요구하는 것은 당연한 요청이라 할 것이다. 해석을 통하여 인정되는 한계를 명백하게 일탈하는 것이라 볼 수 있는 범형성 내지 법률 수정을 도모하지 않는 한도 내에서의 해석은 목적론적으로 가능한 해석이라 할 것이다. 다시 말해서 ‘의사의 지도’가 가지는 의미를 다르게 해석하는 것이 명확성을 해치는 경우가 아니라면 다른 것은 다르게 취급한다는 정의의 요청이라 할 수 있는 목적론적 축소해석 또는 합헌적 법률해석을 통해 법률 적용의 범위를 예외적으로 제한할 필요성이 존재한다고 해석하는 것 역시 허용된 해석이라 할 것이다(대법원 1998. 4. 23. 95도 36466).

국가기관에서 행하는 행정절차법상의 “지도”의 의미를 살펴보면 행정주체가 관련자에게 조언이나 권고의 방법을 통하여 목적에 부합하도록 관계자의 행동을 유도하여 그 목적을 달성할 목적으로 행하는 비권력적 사실행위이며, 어떠한 강제력도 없는 것이 원칙임을 표명하고 있다(행정절차법 제2조). 따라서 지도의 본래적 의미를 살펴본다고 하여도 의사 또는 치과의사의 의료행위와 관련된 범위내에서 명확성에 반하지 않게 지도가 이루어져야 함은 당연하다 할 것이다. 또한 의사의 지도는 의료목적 실현을 위한 특별한 목적성을 가져야 하기 때문에 의사의 지도가 가지는 구체성과 한계가 명확하게 정해지는 것이 무엇보다 중요한 문제가 될 것이다. 궁극적으로 국가기관이 행하는 지도 즉 조언이나 권고적 성격을 가지고 있으면서 비권력적이고 사실행위로 임의성을 지니는(Lee, 2014) 것과 달리 의료기사법상의 지도가 사실상 처분권이나 지시에 가까운 의미로 해석되고 있다는 것은 분명히 문제의 소지가 있으며, 이러한 해석은 합헌적 법률해석을 위배할 가능성이 높다고 판단된다. 더욱이 행정기관의 지도와 달리 의료기사법상의 지도는 형사처벌의 대상이 된다는 점에서 사실상 처분의 의미로 이해되는 점을 보면 의사의 지도에 대한 목적론적 축소해석의 불가피성이 있다고 판단된다.

### III. 결론

의료기사 등에 관한 법률 제2조에서 볼 수 있는 ‘의사 또는 치과의사의 지도’라는 법문은 1982년에 지도감독이라는 단어에서 지도라는 단어로 바뀐 것이다. 물리치료사는 교육의 정도와 직업의 전문성이 있음에도 불구하고 여전히 의사의 지도 즉 사실상 지시를 받는 것은 잘못된 것이라고 주장하면서 물리치료사의 전문성과 재량성을 인정하여 법문이 지도가 아닌 처방이나 의뢰로 개정되어야 한다는 점을 주장하였다(Lee 등, 2010). 하지만 그 동안 보건복지부를 비롯한 우리 법원의 입장은 이러한 독자성을 인정하면 국민건강이나 보건복지에 심대한 부작용이나 우려가 있다는 점을 들면서 지금의 상태를 지속시키고 있었다. 의사의 의료행위는 환자의 생명이나 시민의 공중위생에서 발생할 수 있는 위험을 방지하여 시민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 한다는 점은 누구도 부인하기 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 의료행위에 대한 구체적 범위를 어떻게 이해할 것인가에 대한 기준이 없이 광범위하게 의료인들의 재량을 인정하고 있다는 것은 법해석이 여러 가지 사정에 의해 달라질 수 있음을 시사하는 것이다. 이러한 부면 때문에 대법원에서도 의료행위를 법에서 일의적으로 규정한 경직된 형태보다 해석에 맡기는 것이 더 적절하다는 점을 지적하면서(대법원 2016. 7. 21. 2013도850) 의학분야의 지속적 발전과 의료서비스 수요자의 인식이나 요구에 따라 법문에 대한 목적론적인 해석이 가능함을 표명한 것이라고 할 수 있다. 또한 대법원에서는 의료행위를 판단할 때 의료행위의 목적, 기초되는 학문적 원리, 해당행위의 태양, 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 전문성을 확보할 수 있는지 등을 종합적으로 검토해야 한다는 점을 분명히 하고 있다(대법원 2016. 7. 21. 2013도850).

이러한 대법원의 논리를 차용하여 의료기사법에서 규정하고 있는 의사의 지도의 구체적 범위에 대하여 목적론적 해석이 가능할 것으로 판단된다. 법의 목적, 전문영역의 학문적 원리, 해당행위의 태양이나 교육과정이나 국가시험 등을 종합적으로 검토하여 지도의 한계와 범위에 대한 목적론적 해석을 시도할 필요가 있다

고 할 것이다. 국가가 행하는 지도의 경우를 보면 지도는 행정목적 달성을 위하여 관련기관들의 자발적인 협력에 기반을 두며, 비록 국가기관의 권한에 속하는 사항이라 하여도 관련기관의 임의적 협력이 있어야 하는 비권력적 작용이면서 사실행위라 할 수 있다. 응급의료의 경우에도 의사의 직접의료지도가 현실적으로 실효적이지 않다는 연구결과를 토대로 간접의료지도가 가능하도록 하고 있다.

이러한 관점에서 물리치료사가 행하는 의료행위를 엄격히 제한하고 있는 의료기사법 제2조의 지도와 관련된 법해석 역시 목적론적 해석에 근거하여 새롭게 정립할 필요가 있다고 판단된다. 현재 우리나라의 물리치료 직역의 전문성은 범 세계화의 추세에 발 맞추어 급속히 발전하고 있으며, 학사, 석사, 박사 배출하는 교육제도의 변화를 통해 직역의 전문성이 더욱 커지고 있는 상황이다. 그럼에도 불구하고 의료기사법 제2조의 지도는 의료기관내에서의 지도에 국한되어 해석하는 태도를 별다른 이유도 제시하지 않은 채, 국민의 보건의료의 안정성과 위험성 등을 들면서 의사의 입장만을 여전히 대변하고 있다. 결과적으로 이러한 문리해석적 판단으로 인해 물리치료사의 전문성이 실질적 효과를 발휘하지 못하게 함은 물론, 심지어 비전문인들이 물리치료사들이 해야 할 의료행위의 범주에 속하는 행위를 별다른 제재 없이 행하므로 국민의 건강증진과 보건위생의 발전을 더디게 하는 문제를 야기하고 있다. 이러한 것은 국가 보건의료체계의 발전과 위상에도 맞지 않는 시대착오적 발상이라 하지 않을 수 없다. 이미 물리치료사의 전문성과 교육의 정도는 의사들이 교육과정에서 배우지 않는 독자성을 확보하고 있다. 그럼에도 불구하고 의사의 지도라는 모호한 규정을 의료행위의 목적에 맞지 않게 해석하여 물리치료사의 전문성을 인정하지 않은 법해석의 문제는 개선되어야 할 점이라 판단된다. 따라서 다음과 같이 의료기사법 제2조에 대한 목적론적 해석이 필요하다고 사료된다.

첫째, 의료기사법상의 지도의 개념을 보다 명확하게 규정하는 것이 필요하다. 의료기사법상의 의사의 지도는 의사의 의료관련법상의 목적을 실현하기 위하여 의사에 의하여 의료기사인 물리치료사에 대하여 일정한

행위를 행하거나 행하지 않도록 지도하는 것이라고 그 개념을 정의 할 수 있을 것이다. 또한 의료행위에 대한 지도는 국민의 생명신체의 안정을 도모하는 사실적이고 비권력적인 행위이어야 하고, 이는 물리치료사의 임의적이고 자발적 참여를 전제로 한 비강제적 행위이어야 한다는 점을 분명하게 할 필요가 있다. 따라서 의료와 보건관계법의 목적 달성을 위해 지도의 한계를 보다 명확하게 해석하여 의사의 지도 범위를 구체화하는 것이 필요하다.

둘째, 지도는 응급구조행위에서와 같이 직접적인 지도와 간접적 지도로 구분하여 시행할 필요가 있다. 더욱이 물리치료사 직역의 전문성이 국가시험이나 교육 등을 통하여 이미 많은 부분에서 확보되어 있다는 점에서 반드시 의사의 지도의 의미를 의사가 상주하는 병원내에서만 물리치료행위가 이루어지도록 해석하는 것은 의료 및 보건관련 법규의 취지와 비추어 보아도 결코 당연하게 받아들여져야 하는 것은 아니다. 물리치료사들에게 학사, 석사 및 박사과정을 통한 전문적 교육이 이미 이루어지고 있는 시점에서 물리치료사 직무의 독자성을 과도하게 제한하는 것으로 인하여 유사한 종류의 치유행위를 시행하는 자유업이 무분별하게 증대되고 있는 것은 오히려 국민의 건강에 유해적 요소가 될 가능성이 있다는 점을 비추어 본다면 유사직역의 통합과 전문성의 제고를 위한 직접지도의 한계를 분명하게 정하는 보건정책당국의 유권해석이 필요하다고 판단된다.

셋째, 의료기사법상의 의사의 지도의 한계에 대한 목적론적인 해석을 통하여 지도의 범위를 직접지도와 간접지도로 정하고 병원내에서 반드시 지도 받아야 하는 의료행위는 병원내에서 의사의 직접지도를 받아 시행할 수 있도록 하고, 반면 의사의 처방 또는 의뢰로 가능한 의료행위에 대해서는 간접지도 영역으로 분류하여 물리치료사의 직역의 전문성과 독자성을 잘 발휘할 수 있도록 목적론적 법해석을 통해 물리치료사들이 국민건강과 보건증진에 보다 실질적이고 실효적으로 기여를 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 판단된다. 특히 지도의 범위를 병원내에서 의사의 지도에 국한하지 않게 해석하는 것은 국민건강과 보건증진에 실

질적으로 기여할 수 있을 뿐만 아니라 고령사회에서 물리치료의 실질적 수요를 충족시키는데 기여할 것이다. 또한 목적론적인 법해석을 통해 물리치료사 직역의 전문성을 보장하여 보다 적극적인 직무를 수행할 수 있게 하는 것은 국가적으로나 국민의 건강증진을 위해 더 나은 정책적 방안을 만드는데 기여하는 바가 클 것이라고 사료된다. 따라서 행정당국은 물리치료 직무의 위험도를 정확하게 측정하여 직접지도를 받아야 하는 분야와 간접지도를 받아도 되는 분야 그리고 독자적 직무수행이 가능한 분야를 보다 명확하게 규정하여 시민에게 이익되는 법리해석의 방안을 제시하는 것이 필요하다. 필요하다면 시민의 이익을 우선하는 목적론적 법해석의 필요성에 부합한 법리해석을 위해 정책당국과 사법당국이 보다 적극적으로 나설 필요가 있다고 생각된다. 특히 노인인구의 급속한 증가는 우리 보건당국의 정책적 유권해석의 변화를 요구하고 있다. 노인인구의 증가는 만성질환의 증가와 더불어 물리치료사 직역의 역할 확대를 요구하고 있기 때문이다. 따라서 이제는 물리치료사의 전문성을 인정하고 의료보건의 목적에 부합한 법해석을 적용해야 한다고 판단된다. 이러한 방안으로 지역의 보건소 주변에서 독자적인 물리치료센터 등의 설립이나 운영을 허용하고 보건당국의 간접적 지도하에서 의료의 목적을 달성할 수 있도록 목적론적이고 논리적인 법해석을 통해 지금의 상황을 변화시키는 것은 법해석학적인 측면에서 허용된 해석이라 할 것이다. 보건의료당국은 정책적 해석으로 ‘의심스러우면 시민의 이익으로’의 원칙을 전제로 법해석을 해야 한다.

결론적으로 이제는 의료기사법 제2조에 나오는 의사의 지도에 대한 법해석의 변화가 필요한 시점이 되었다고 판단된다. 국민의 건강증진을 목적으로 제정된 의료기사법의 목적에 부합한 목적론적인 법해석을 통해 지도의 한계를 제시하고 특히 직접지도와 간접지도로 구분하여 물리치료 행위의 위험도 분석을 근거로 병원내에서 의사의 직접지도를 받아야 하는 행위, 보건당국의 간접지도를 받아서 행해야 하는 행위 및 물리치료 전문가로서 독자적으로 행할 수 있는 행위를 구분하는 의료기사인 물리치료사의 전문성과 의료행위의 효

율성을 위한 목적론적 법해석이 필요하다. 이러한 목적론적 법해석은 국민의 건강증진 및 보건증진에 기여할 뿐만 아니라 물리치료사의 직무상 기본권의 최소보호원칙이라는 헌법정신에도 부합하는 것이라 할 수 있다. 이를 통하여 법개정의 논의 이전에 해석론적으로 문제를 해결하여 보는 것이 선행되는 것이 보건의료정책의 실효와 국민의 건강증진이라는 목적을 실현하는데 타당한 길이 될 것이라 본다.

## References

- Administrative Procedures Act Article 2. <http://www.law.go.kr> (2018. 04. 23).
- Byun HC. New introduction to Law. Seoul: Samwoosa. 2006.
- Ha TI. Unlicensed practice of medicine on the validity of the penalty. Law Review. 2010;51(3):187-220.
- Han HW. New introduction to Law. Seoul: Samyoungsa. 2013.
- Hong WP, Kim EG, Rhee JE, et al. Differences in awareness of between Emergency Medical Technician and Medical Doctor about situation requiring direct medical control. Conference proceeding of The Korean Society of emergency Medicine. 2013;2:275-6.
- Jung SJ. The new principle of Law. Seoul: Hyungseul. 2003.
- Lee IY. The 19th symposium: A study on the modern significance and urgent problem for the practice of medicine. Journal of Law and Politics research. 2007;7(1):27-63.
- Lee JW, Park EG. A study on the existing law and direction for revision in the physical therapist. Law Review. 2010;38:393-412.
- Lee SD. Article: Legal sociological construction of the concept of medicine. Yeungnam Law Journal. 2008;27: 101-28.
- Lee SM. The concept and practice of Administrative Guidance. Administrative Law journal. 2014;38:49-81.
- Lee YG, Jeong SH, Park BS. A study on doctor's guidance of Medical Service Technologist. Research report of Korean Institute of Hospital Management. 2010.
- Moon SJ, Lee KH, Won SA. A study on the theory of nurse

- liability. Korean Journal of Medicine and Law. 2004;12(1):21-38.
- Sonn JC. The new principle of Law. Seoul: Parkyoungsa. 2004.
- The Law Research Institute Yeungnam University. Introduction to Law. Seoul: Parkyoungsa. 2005.
- The Constitutional Court Decision 2003heonba86 decided May 26, 2005.
- The Constitutional Court Decision 2009heonma736 decided December 18, 2009.
- The Constitutional Court Decision 2011heonma552 decided May 29, 2014.
- The Supreme Court Decision 72do243 decided March 28, 1972.
- The Supreme Court Decision 74do1114 decided November 28, 1974.
- The Supreme Court Decision 95do36466 decided April 23, 1998.
- The Supreme Court Decision 2002do2014 decided September 23, 2002.
- The Supreme Court Decision 2004do3405 decided October 23, 2002.
- The Supreme Court Decision 2013do850 decided July 21, 2016.