보완대체의료의 법적 평가

석 희 태*

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 보완대체의료의 개념
Ⅲ. 의료법상 의료행위와의 관계
1. 의료행위의 개념
2. 보완대체의료행위의 법적 위상
Ⅳ. 보완대체의료의 실시요건
Ⅴ. 보완대체의료 시술자의 의무
Ⅵ. 결 론

Ⅰ. 서 론

우리나라에서 제도적 주류의료에 대응하여 그 대체적, 보충적 의료의 효율성과 중요성이 인식되고 실행된 것은 이미 오래전부터이다. 그러나 그 법적 평가는 구체적 개별적 사건에 관한 몇가지 법원판결을 제외하고는 충분하지 못한 실정이다. 법적 평가는, 국민의 의료수요·건강욕구가 팽창하는 상황에서 기본적 인권으로서의 행복추구권을 충실히 보장하기 위한 기본전제이므로, 현행의 의료체계 및 의료면허제도와 관련시켜 풍부한 논의를 통하여 이루어져야 한다고 하겠다.

아래에서 보완대체의료행위[1]는 의료법상의 의료행위로서 무면허 비의료인이 시술하는 경우에 금지·처벌되는 것인가, 어떤 경우에 비의료인에게 허용되는가, 보완대체의료의 실시요건과 시술자의 법적 의무는 무엇인가

주요어 : 의료행위, 보완대체의료행위, 보건위생관련행위, 의료법, 보완대체의료의 법적 평가
* 경기대학교 법학부 교수, 법학박사(교신저자 E-mail: sukht@hanmail.net)
1) 이 용어는 보완성과 대체성을 포괄하고 있어서, 종래 더 빈번히 사용되어온 '대체의료(행위)' 보다 더 논리적이고 적절한 표현이라고 생각한다. 다만 '대체의료' 라는 용어가 이미 사회적으로 정착된 것이므로 그대로 용인하자는 의견도 적지 않다 (예컨대 전병남 변호사. 2005. 3. 19 성균관대학교 신법학관에서 열린 대한의료법학회 월간학술발표회에서 이 논문 발표 후 이루어진 일반토론 중 그와 같은 견해를 표명함).

등을 논하고자 한다.

Ⅱ. 보완대체의료의 개념

보완대체의료(의학)란 무엇이며 그 범위는 어디까지인가에 대한 대답은 아직 확립되어 있다고 말하기 어렵다.

학자들은, "대체의학은 의과대학에서 광범위하게 교육하지 않거나 병원에서 일반적으로 행하지 않는 의학적 요법으로 또는 의약품이나 화학적 치료가 아닌 방법으로 병을 치료하는 자연요법을 총칭하는 용어로서 정통의학과는 상대적인 개념이다"[2]라고도 하고, "대체의학은 정통적 의학(conventional medicine)이외의 모든 비주류 의학과 민간요법을 통털어 지칭하는 말이다"[3] 라고도 한다.

한편, 1998년에 설립된 미국 국립보건원(National Institute of Health) 산하 국립보완대체의료센타(National Center for Complementary and Alternative Medicine, NCCAM)는 보완대체의료(Complementary and Alternative Medicine, CAM)를 '현재 정통의료의 분야로 고려되지 않는 다양한 보건의료체계, 시술, 제조물 등의 집합체'(a group of diverse medical and health care systems, practices, and products that are not presently considered to be part of conventional medicine)라고 정의하고 있다.[4]

필자는 '보완대체의료는 보건위생관련 행위 중에서 제도적 주류의료(서양의학의료와 한방의료)와 일상생활성 의료행위를 제외한 일체의 것을 말한다' 고 정의하고자 한다.[5]

여기서 보완의료는 제도적 주류의료와 병행적으로 실시되는 것으로서, 예컨대 수술 후 통증완화와 심리안정을 위해 약물투여와 함께 향기치료(aromatherapy)를 실시하는 경우이다.

한편 대체의료는 제도적 주류의료에 대신해서 실시되는 것으로서, 예컨

---

2) 조성준, "도시와 농촌지역에서 대체의료현황 비교", 「의료법학」 제5권 제1호(2004), 28면.

3) 전세일, "대체의학의 현황과 전망", 상게서, 21면.

4) http://nccam.nih.gov/health/whatiscam

5) 보완대체의료 또는 보완대체의학이란 용어에 대하여, 그것은 과학적 체계를 이루지 못했으므로 '의학'이라고 하기에 부족하고, 의료법상의 의료인 아닌 자가 시행하는 경우도 많으므로 '의료'라고 하기에도 부적절하다는 견해가 있다(이윤성, "보완대체요법의 의학적 평가", 전게서, 46, 47면).

대 암의 치료를 의해 수술, 방사선치료 등에 갈음하여 특수한 식이요법을 채용하는 경우이다.[6]

제도적 주류의료를 정통적(orthodox 혹은 conventional), 진정한(true), 본래의(original) 의료라고 하는 것은 보완대체의료의 관점에서는 반론의 여지가 있음이 사실이다.

어떤 보완대체의료에 관하여서는 그것이 더 뿌리 깊은 역사를 지니고 있으며, 민족적이며, 인간본성 내지 생체에 더욱 친화적이라고 확신하는 경우도 있기 때문이다.

다만 "대체의학은 나라마다 문화권마다 산재해 있는 다소 다른 전통적 의술과 이론을 하나의 범주 안에 넣어 놓은 것일 뿐, 횡적으로 연결시켜 하나의 의학으로 체계화 된 것도 아니요, 기존의 의학보다 앞선 것도 아니며, 더 우수한 의학이라는 증거가 있는 것도 아니고, 새로운 의학도 아닌 것이다. 대부분의 경우 「묵은 의술에 대한 새로운 관심」 이라고 할 수 있을 것이다."[7]

또한 보완대체의료의 범주는 고정적이지 않고 끊임없이 변화한다. 그것은 새로운 보완대체요법의 발견·개발이 진전될 뿐 아니라, 한편으로 종래의 어떤 보완대체요법이 그 안전성과 효과가 증명됨으로써 제도적 주류의료에 편입되어 가기도 하기 때문이다.

Ⅲ. 의료법상 의료행위와의 관계

1. 의료행위의 개념

보완대체의료행위의 법적 의미를 규명하기 위해서는 먼저 의료행위의 법적 개념을 살펴보아야 한다.

(1) 「의료법」의 규정

의료법 제12조 제1항은 「의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술

---

6) 같은 설명; 주4) 인터넷 자료
7) 전세일, 전게논문, 21면.

의 시행」을 의료행위로 정의하고 있다.

한편 같은 법 제2조 제2항은 각 의료인의 임무로서, 의사의 의료행위, 치과의사의 치과의료행위, 한의사의 한방의료행위를 조산사의 조산, 간호사의 간호등과 구분함으로써 「의료인의 의료행위」와 그 범주를 다르게 정하고 있다.

여기서 전자를 「광의의 의료행위」라 하고, 후자 즉 각종 의사의 의료행위를 「협의의 의료행위」라고 한다.

의료법 제25조 제1항 및 제66조는 의료인 아닌 자의 모든 의료행위(즉, 광의의 의료행위)를 금지하여 형사처벌하고 있다. 보건범죄단속에 관한 특별조치법은 제5조에서 형사처벌의 대상이 되는 무면허 의료행위를 (무면허 자칭) 의사 · 치과의사 · 한의사의 의료행위(즉, 협의의 의료행위)만으로 한정하고 있다.

(2) 학설 · 판례

의료법 제12조 제1항이 말하는 의료인의 「의료기술 시행행위」에 대한 해석은 아래와 같이 그 견해가 나뉜다.

① 제1설 : 의료행위란 질병의 예방, 질병의 진단 · 치료를 목적으로 하는 행위라고 하는 견해.

이는 대법원 1972.3.28선고72도342판결에 나타난 의료행위의 개념 정의이다(곰보수술, 눈쌍꺼풀수술, 콧날세우기 등 미용성형수술이 의료법상의 의료행위로 단정할 수 없다고 함). 이 판례는 뒤에 대법원 1974.11.26선고74도1114 전원합의체 판결에 의해 변경되었다(미용성형수술을 질병치료행위의 범주에 넣어 의료행위로 해석함이 타당하다고 함).

② 제2설 : 현대의학을 기준으로 하여 그 이론을 임상에 응용하는 행위로서 질병의 예방, 질병의 진단 · 치료를 목적으로 하는 행위라고 하는 견해.

일본의사회가 1969년 의료의 개념으로서 "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, 생활환경의 조성 등 광범위

한 것을 포함한다"고 정의한 것이 이에 해당한다고 볼 수 있다.[8)]

③ 제3설 : 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 진료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 하는 견해.

이는 대법원 1992.5.22선고 91도3219판결, 대법원 1989.9.29선고 88도2190판결, 헌법재판소 1996.10.31선고 94헌가7결정 등에 나타난 의료행위의 개념 정의이다.

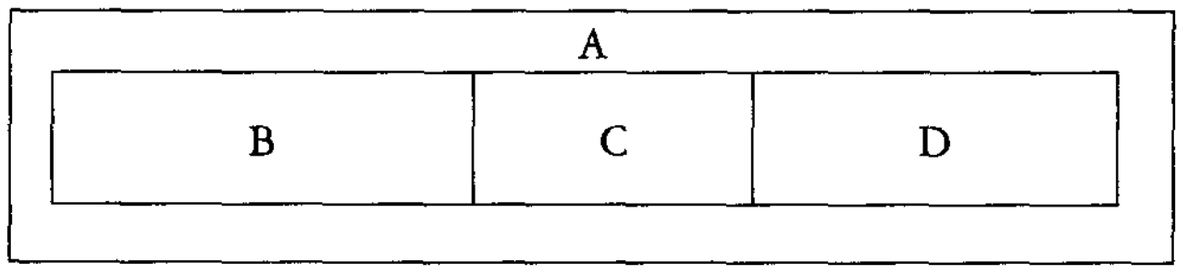
(3) 관 견

필자는 법률의 규정과 학설·판례가 내린 의료행위 개념 정의는 의료인 아닌 자가 시행하는 무면허의료행위에 대한 경찰단속의 목적에 따른 것에 불과한 것이라고 생각한다. 즉 단속법규적 관점의 개념정의인 것이다. 그러므로 일반적·적극적 개념정의가 필요하다고 하겠다.

의료행위는 건강의 회복, 건강의 유지·증진, 질병의 진단·치료, 질병의 예방, 미용성형, 정상분만, 인공임신 등 보건·위생에 관련된 일체의 행위라고 할 수 있다.

의료인이 행하지 않더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 행위, 현대의학 이론을 임상에 응용하는 행위가 아닌 것 등도 의료행위의 범주안에 든다. 이를 「최광의의 의료행위」라고 한다(도표 참조).

<의료행위 개념 상관도>



A : 보건위생관련행위(최광의의 의료행위)

B : 제도적 주류의료행위(서양의학의료와 한방의료)

---

8) 신현호, "의료행위의 범위와 안마행위 규제의 위헌성", 전게서, 145면에서 재인용.

C : 비의료인에게 허용되지 않는 보완대체의료행위(체침, 봉침, 뜸, 카이로프락틱 등)

B+C : 의료법상 의료인의 의료기술시행행위 (광의의 의료행위)

- 의사 · 치과의사 · 한의사의 의료행위(협의의 의료행위)
- 조산사의 조산행위
- 간호사의 간호행위

D : 비의료인에게 허용되는 보완대체의료행위(수지침, 테이핑 등)

C+D : 보완대체의료행위

※ A-(B+C+D)=자가체조, 헬스클럽운동 처방, 건전식생활을 위한 식단제안, 바른자세교육 등 일상생활성 의료행위

2. 보완대체의료행위의 법적 위상

(1) 일반론

앞에서 살핀 바와 같이 의료법상의 의료행위로서 의료인 이외의 자에게는 허용되지 않는 의료기술 시행행위는 「질병의 예방 · 진료 기타 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위」를 의미한다.

그러므로 어떤 보완대체의료행위가 만약 「질병의 예방 · 진료 기타 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위」로 평가되는 경우라면, 그것은 의료법상의 의료행위가 되고, 따라서 의료인이 아닌 자에게는 그 시행이 허용되지 않게 된다(의료법 제25조 제1항, 보특법 제5조).

한편 어떤 보완대체의료행위가 「…보건위생상 위해가 생길 우려 없는 행위」로 평가되는 경우라면, 비의료인에게도 그 시행이 허용되게 된다.

의료인중 간호사에게는 보완대체의료행위가 허용될 것인가?

의료법 제2조 제2항제5호는 간호사의 임무를 "상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동"으로 규정하고 있고, 대통령령(의료법시행령)은 보건활동의 내용으로"① 농어촌등보건의료를위한특별조치법 제19조의 규정에 의하여 보건진료원으로서 하는 보건활동 ② 모자보건법 제2조제9호의 규정에 의한 모자보건요원으로서 행하는 모자보건 및 가족계획 활동 ③ 결핵예방법 제29조의 규정에 의하여 결핵관리요원으로서 하는 보건활동 ④ 기타의 법령에 의하여 간호사의 보건활동으로 정한 업무"를 규정하고 있다.

따라서 간호 및 법령상의 보건활동의 의미를 갖는 보완대체의료행위는 간호사에게 허용되겠으나, 진료의 의미를 갖는 보완대체의료행위 중 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 것은 간호사에게 허용되지 않는다고 하겠다.

(2) 판례의 입장

판례상 비의료인에게 허용되지 않은 보완대체의료행위는 아래와 같다.

① 침·뜸 등

- 한의사 면허 없는 자가 한 침술행위[9]
- 의료인이 아닌 자가 질병의 치료를 위하여 행한 벌침, 쑥뜸, 찜질 등의 시술행위[10]

② 척추 등 신체교정 및 이완술

- 활법 종목의 사회체육지도자 자격증을 가진 자가 신체불균형을 교정한다 하여 기공, 압박 등의 시술을 반복한 행위[11]
- 활법사가 소위 카이로프라틱을 행한 다음 뜸질포대로 뜸질을 한 경우[12]
- 면허 없이 체육관내에 척추교정실을 설치하고 디스크환자 등을 치료하여 준 경우[13]
- 면허 없는 자가 양손으로 환부를 눌러 삐어진 뼈를 교정하고 환부에 안티푸라민을 발라주는 행위[14]
- 활기도운동이라는 명목 하에 척추디스크 등 환자들의 통증부위를 교정하는 시술을 반복하는 경우[15]
- 근육이완기구, 엑스레이 판독기, 척추모형 등을 갖추고 척추에 이상이 있는 환자에게 근육이완기로 문지르고 아픈 부위를 누르고 팔다리를

---

9) 대법원 2003. 5. 13.선고 2003도939판결, 2002. 12. 26.선고 2002도5077판결, 1994. 12. 27.선고 94도78판결 등 다수.

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

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

12) 대법원 1985. 5. 28.선고 84도2135판결

13) 대법원 1987. 4. 28.선고 97도286판결

14) 대법원 1987. 5. 12.선고 86도2270판결

15) 대법원 1987. 11. 24.선고 87도1942판결

최대한 구부리게 하여 신경생리기능의 회복을 꾀하는 행위[16]

③ 피부박피술

· 피부관리사가 산화알루미늄 성분의 연마제가 든 크리스탈 필링기를 사용하여 얼굴피부박피술을 시행한 행위[17] 또는 의약품을 사용하여 표피전부를 벗기는 박피술의 시행[18]

④ 시력회복 맛사지술

· 시력을 회복하기 위하여 가압식미용기로 안면을 맛사지 하는 행위[19]

⑤ 암시 · 최면 · 호흡술 관련

· 정신신경질환자나 언어장애자 등을 모아 놓고 하는 암시, 최면, 호흡, 정신안정 및 약물투여 등의 치료행위[20]

⑥ 건강보조식품 관련

· 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 행위[21]

한편 판례상 비의료인에게 허용되는 보완대체의료행위는 아래와 같다.

① 환자들에게 질병을 낫게 해 달라고 기도해주고 환부나 다른 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져주는 이른 바 안수기도[22]

---

16) 대법원 1989. 1. 31.선고 88도2032판결
17) 대법원 2003. 9. 5.선고 2003도2903판결
18) 대법원 1994. 5. 10.선고 93도2544판결
19) 대법원 1989. 9. 29.선고 88도2190판결
20) 대법원 1981. 7. 28.선고 81도835판결
21) 대법원 2001. 12. 28.선고 2001도6130판결
22) 대법원 1992. 3. 10.선고 91도3340판결

② 웅변학원을 운영하는 자가 언어장애인에 대하여 행하는 언어교정훈련[23]

(3) 특히 수지침 시술에 관한 판례의 입장

대법원 판례는 수지침 요법 시술행위에 관하여 그것도 침술행위의 일종으로서 무면허인 경우 의료법에 의해 금지되는 것이라는 원칙적 입장을 견지한다.[24]

다만, 특정의 여건 아래에서 그 시술행위의 위법성이 조각되어 형법 제20조 소정 정당행위가 되므로 의료법에 따라 처벌되지 않는다고 한다[25].

즉 판례는 우선 수지침 시술행위에 관해 다음과 같은 사실을 인정한다.

① 수지침 시술행위는 광범위하고 보편화된 민간요법이다.

② 시술로 인한 위험성이 적다.

③ 시술부위나 시술방법 등에서 전래의 체침과 현저하게 차이가 있다.

④ 일반의 인식이 관용의 입장에 기울어져 있다.

그리고 판례는 위의 일반적 사정사실을 전제로 구체적·개별적 사건에서 다음과 같은 요소를 종합 고려하여, 그것이 법질서 전체의 정신이나 그 배후의 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 위법성이 조각된다고 한다.

① 시술자측 요소

· 시술의 동기와 목적

· 시술의 방법, 횟수

· 시술에 대한 지식수준, 시술경력

② 피시술자측 요소

· 피시술자의 나이

· 피시술자의 체질

· 피시술자의 시술 당시 건강상태

· 피술에 의한 부작용 내지 위험발생 가능성

구체적으로 판례는 다음과 같은 사실상황에서 이루어진 수지침 시술행위를 정당행위로 판단하였다.

---

23) 대법원 1980. 1. 15.선고 79도1003판결

24) 대법원 1996. 7. 30.선고 94도1297판결, 대법원 2000. 4. 25.선고 98도2389판결

25) 이하 대법원 2000. 4. 25.선고 98도2389판결

① 시술자가 수지침 전문가로서 고려수지요법학회 춘천시지회를 운영중이다.
② 일반인에게 수지침요법을 보급하여 왔다.
③ 수지침을 통한 무료의료 봉사활동을 해왔다.
④ 피술자가 스스로 수지침을 사와서 시술을 부탁하였다.
⑤ 대가를 받지 않았다.
⑥ 부작용이 발생하지 않았다.
⑦ 수지침의 시술방법, 시술에 따른 부작용 위험성 정도에 비추어 긴급성과 보충성 요건의 엄격한 적용이 요청되는 경우가 아니다.

(4) 전 망

상술한 바 보완대체의료 자체의 범주가 유동적인 것과 마찬가지로 비의료인에게 허용 불가한 것과 허용 가능한 것의 범주 또한 유동적이라고 하겠다. 특히 「수지침」의 사례에서 보는 바와 같이 어떤 보완대체요법이 설령 보건위생상 위해의 가능성이 있는 것일지라도 일정한 요건을 갖춤으로써 위법성이 조각되어 정당행위로 평가될 여지는 충분히 있다고 본다.

한편 비의료인에게 일반적으로 허용되는 보완대체의료행위를 비의료인이 대가를 받고 실시한 경우, 그것은 보건범죄단속에관한특별조치법에 의거 처벌될 가능성이 있다(다만 이 점은 논쟁적이다. 그 행위는 기본적으로 구성요건 해당성이 없다고 평가될 수 있기 때문이다).

Ⅳ. 보완대체의료의 실시요건

보완대체의료가 갖는 문제점으로 지적되는 것은 대체로 아래와 같다.

① 치료효과에 대한 과학적 근거 부족
② 안전성 불확실
③ 과다비용 소요
④ 다른 일반적 치료 기회의 지연 내지 상실

그러므로 보완대체의료를 실시하는 경우에는 다음의 요건을 모두 갖추

어야 한다.

① 그 시술이 질병의 치료, 건강의 회복을 목적으로 하는 것인 경우에 그것은 제도적 주류의료로서의 일반적 진료를 보완하는 수준에서 이루어져야 한다(보완성의 원칙).
② 질병이 진행함에도 불구하고 다른 진료법을 쓰지 않고 보완대체요법을 채택하고자 할 때는, 그 요법이 치료를 위한 유일한 방안이어야 한다(유일성의 원칙).
③ 보완대체요법은 본질적으로 의학적 정당성이나 충분한 통계적 적응성을 갖추지는 못한 것이지만, 대체로 그 긍정적 효력에 관해 일정한 정도 사회적 신뢰를 받는 방안이어야 한다(사회성의 원칙).
④ 그 시술로 인해 건강·생명에 대한 위해가 없는 것이어야 하고, 다른 일반적 치료기회를 지연시키거나 상실케 하지 않는 것이어야 한다(무해성의 원칙).

Ⅴ. 보완대체의료 시술자의 의무

(1) 설명의무

일반의료 행위시의 설명과 같은 내용·수준의 설명을 해 줄 의무가 있다.

특히 질병의 진료를 목적으로 환자측으로부터 보완대체의료의 실시를 요구받은 경우 시술자는 제도적 주류의료에 의한 일반적 진료를 우선적으로 또는 병행적으로 실시 받을 것을 설명·설득할 의무가 있다.[26]

긴급한 상황의 경우를 제외하고는 그 시술에 관하여 환자 내지 피시술자로부터 반드시 승낙을 받아야 한다.

(2) 주의의무

시술자는 일반의료행위시와 같은 시술상 주의의무를 부담한다. 그 위반의 경우 일반의 의료과오책임을 부담하게 된다.[27]

---

26) 같은 의견; 추호경 변호사(2005. 3. 19 성균관대학교 신법학관에서 열린 대한의료법학회 월간학술발표회에서, 이 논문 발표 후 지정토론의 내용으로 표명함).

사회성이 결여된 요법의 시술상 과오는 의료과오가 아니라 단순 상해 등 위법행위로 된다(물론 피시술자의 동의에 의해 정당행위가 될 가능성은 있다).

Ⅵ. 결 론

오늘날 보완대체의료의 수요와 공급이 증대되고 있는 것은, 현대적 질병의 확산 및 그에 대한 예방과 진료의 불완전, 의료복지의식 내지 건강의식의 고도화, 요법 개발의 적극화, 국가간 문화간 교류의 확대 등에 그 이유가 있다.

보완대체의료에 대한 무조건적 평가절하나 무관심이 아니라 그 긍정적 수용과 체계화, 과학화를 위한 노력이 필요하다고 본다.

아울러 보완대체의료에 대한 사회적 수요를 충족시키면서 한편으로 의료목표의 구현 즉, 피시술자에게 위해를 가하지 않으면서 질병치료, 건강증진 등 목적을 달성시키기 위한 제도정비가 필요한 시점이다.

그것은 기본적 인권으로서의 건강권 나아가 행복추구권의 요구이다.

---

27) 김운묵 박사는 보완대체의료의 시술에서는 일반의료에서보다 더욱 고도의 주의의무가 요구된다고 한다 (위 학술발표회 일반토론의 내용으로 표명함).