

유사의료행위에 관한 법적 검토

김한나 * · 김계현 **

- I. 서 론
- II. 의료행위와 면허제도
 - 1. 의료행위의 개념
 - 2. 의료 관련 면허제도의 의의
- III. 유사의료행위에 관한 검토
 - 1. 보완대체의료의 의의 및 범주
 - 2. 국내 의료체계와 보완대체요법
 - 3. 유사의료행위의 개념 및 유형
- IV. 유사의료행위에 대한 법적규제
 - 1. 무면허의료행위의 규제에 관한 논의
 - 2. 유사의료행위에 대한 규제의 근거
 - 3. 현행법상 유사의료행위에 대한 규제
- V. 법·정책적 문제점 및 개선방안
 - 1. 관련 규정의 명확화구체화
 - 2. 의사의 지시감독권 강화
 - 3. 독립적인 전문연구기관의 설립
- VI. 결 론

* 논문접수: 2009. 10. 10. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 의료정책연구소 연구원, 한양대학교 법학과 박사과정

** 의료정책연구소 책임연구원, 연세대학교 의료법윤리학과 보건학 박사

* 본 논문은 의료정책연구소, 2009, 「유사의료행위에 관한 법적 문제와 개선방안」의 연구를 일부 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.

I. 서 론

건강에 대한 국민들의 관심이 증대되면서 건강 관련 각종 직종들이 등장하였고, 이들 직종과 의료행위와의 경계선이 불명확하여 의료법상의 의료행위에 포함되는지 여부에 대한 의견대립이 잦아지고 있다.

본고에서 문제되는 유사의료행위는 일반적인 의료행위의 구성요건인 인적 자격요건을 충족하지 아니한 상태에서 행하는 모든 의료행위를 말한다.¹⁾ 최근 유사의료행위 허용 관련 입법에 대한 논의가 이루어지고 있고, 이는 특히 보완대체요법과 밀접한 관련이 있다. 현재 우리나라의 경우 유사의료행위를 무면허의료행위로 보아 금지하고 있는데, 이는 무자격자에 의한 의료행위는 의료사고의 유발가능성이 현저히 큰 데다가 환자에게 치명적인 부작용과 회복 불능의 사태가 발생할 가능성이 높기 때문이다.

이하에서는 먼저 의료행위의 개념 및 의료관련 면허제도에 관한 내용을 검토한 후, 유사의료행위의 의의에 관하여 살펴보겠다. 또한 유사의료행위와 밀접한 보완대체요법²⁾에 대해 검토한 후 현행법상 규제 법리를 고찰하여 법·정책적인 개선방안을 도출하고자 한다.

II. 의료행위와 면허제도

1. 의료행위의 개념

유사의료행위에 대한 규제 시 이를 판단함에 있어 의료행위의 개념에 대한 정의가 전제되어야 할 필요성이 있다. 그러나 현재 의료행위에 대한 개념은 정립되어 있지 않으며, 다양하게 정의되고 통일된 개념이 부재한 상

1) 한국보건사회연구원 건강증진기금사업지원단, 「국민건강 의식제고를 위한 사이비 의료 행위 근절방안」, 한국보건사회연구원, 2003, 제23면 참조.

2) '보완대체의료'와 '보완대체요법'의 용어를 사용함에 있어서는 의료인의 행위는 '의료'로, 비의료인의 행위는 '요법'으로 구분하여 기술하고자 한다.

태이다. 단지 의료행위의 정의를 유추할 수 있는 간접조항만이 의료법에 규정되어 있는데, 의료법 제12조³⁾에서는 “의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”이라고 하여 의료행위의 개념을 의료인들이 임무를 수행함에 있어서 시행하는 의료 기술적 행위로 규정하고 있을 뿐 그 실질적인 의의와 구명이 이루어지지 않고 있다.

이렇게 의료법상으로는 의료행위에 관하여 간접조항에 의해 추상적인 개념으로 정의하고 있으므로 개별사건에 대한 법원의 판결에 따라 이를 판단하고 있다.⁴⁾ 의료행위의 개념은 가변적인 것으로 판례에서의 이에 대한 판단도 변화하였는데, 최근의 판례들을 검토해 보았을 때 의료행위란 “의학적 전문지식을 기초로 한 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”⁵⁾라 할 수 있다. 의료행위는 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것으로 고도의 전문지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명·신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료인에게만 독점 허용하고 있는 것이다.⁶⁾

2. 의료 관련 면허제도의 의의

가. 의의 및 현황

직업면허는 직업영역에 대한 보호와 육성과 관련하여 국가기관 등이 지정하는 자격보유자만이 해당 직무를 수행할 수 있도록 업무상의 독점을 인정⁷⁾

3) 의료법 제12조(의료기술등에 대한 보호) ① 의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 ‘의료행위’라 한다)에 대하여는 이 법 또는 다른 법령에 특히 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이에 간섭하지 못한다.

4) 좁은 의미의 의료행위라 함은 의사의 의학적 지식과 기술을 사용하지 않으면, 생리상 위험을 초래할 염려가 있는 진료행위를 의미한다는 견해도 있다(이덕환, 『의료행위와 법』, 문영사, 1998, 제1면).

5) 대법원 2005.8.19. 선고 2005도4102 판결; 대법원 2004.10.28. 선고 2004도3405 판결; 대법원 2004.1.15. 선고 2001도298 판결; 대법원 1999.3.26. 선고 98도2481 판결.

6) 대법원 1974.11.26. 선고 74도1114판결.

해 주는 것이다.⁸⁾ 의료관련 분야의 직업면허는 의료법과 「의료기사등에 관한법률」(이하 「의료기사법」이라 함) 및 약사법에 근거하고 있는 국가자격을 의미하며 국가자격 중에서도 전문교육의 국가시험을 필요로 하는 국가자격이다. 의사와 한의사의 면허는 매우 포괄적이어서 의사와 한의사의 업무영역에 속하던 것들 중에서 일부 영역이 분화되면서 다른 의료관련 종사자에게 새로운 자격이 부여되었다. 예를 들어 약사의 조제행위는 본래 의사의 의료행위의 일부였던 것이 약사에게 맡겨지면서 전문화된 것이다. 의료관련 분야의 면허는 독립개원 여부에 따라 간호사, 의료기사 등의 취업대상자와 의사, 한의사, 치과의사, 조산사 등의 전문자격사로 구분된다.⁹⁾

의료관련 분야의 직업 면허는 의료법에 근거하고 있는 국가자격을 의미하며¹⁰⁾, 유사의료행위와 관련하여 문제되는 부분은 무면허의료행위에 관

7) 미국의 경우 의료행위를 하기 위해서는 주에 의해 면허를 받아야 하고 각 주는 건강과 안전, 복지를 보호할 권한을 가진다(Barry R. Furrow, Thomas L. Greaney, Sandra H. Johnson, Tomothy Stoltzfus Jost, Robert L. Schwartz, Health Law, second edition, West Group, St. Paul, 2000, pp 59~70). 개인이 면허를 부여받으면 당해 의료행위를 할 수 있으므로 면허는 곧 그 행위를 하는 데에 적합한 권한을 나타낸다(Bryan A. Liang, Health law and policy: a survival guide to medicolegal issues for practitioners, Boston Butterworth-Heinemann, 2000, p 149).

8) 장재호, “직업면허에 관한 소고”, 『고용동향분석』, 2002 1/4분기, 한국산업인력공단 중앙고용정보원, 2002, 제156면.

9) 구체적으로 우선 면허가 부여되는 전문직으로는 총 15종으로 의료인인 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사를 비롯하여, 약사 및 한약사가 있으며, 의료기사(임상병리사·방사선사·물리치료사·작업치료사·치과기공사·치과위생사), 의무기록사, 안경사가 있다. 자격이 인정되는 분야로는 약 9종으로 전문의와 전문간호사와 간호조무사와 의료유사업자(접골사·침사·구사), 안마사가 있으며, 이외에도 응급구조사 1급·2급 및 정신보건전문요원 1급·2급이 포함된다. 조리사 1급·2급과 영양사, 위생사도 넓은 의미의 보건 의료분야자격에 포함된다(김기경, 「보건의료의 직업과 영업에 대한 법적규제: 직업면허와 영업규제를 중심으로」, 박사학위논문, 연세대학교, 2003, 제43~44면).

10) 제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지가족부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받은 자
2. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받은 자
3. 보건복지가족부장관이 인정하는 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험

한 것으로 우리나라의 경우 이에 대해 엄격한 규제의 입장을 취하고 있다.

나. 의료 관련 면허제도의 취지

(1) 무면허자의 의료행위에 의한 위험방지

의료행위 자체는 인간의 생명, 안전, 건강에 미치는 위험성이 매우 큰 행위로서 고도의 전문적 능력을 갖추지 못한 자의 의료행위는 국민에게 치명적인 위해를 가할 수 있다. 따라서 능력 없는 자의 의료행위를 사전에 금지하고 능력자에 의해서만 의료행위가 행해지도록 할 필요성이 있다. 면허제도는 의료행위의 전면적 금지와 국가의 자격인정제도를 통하여 무자격자의 의료행위로 인한 위험성으로부터 국민을 보호함을 그 목적으로 하고 있다.

(2) 의료서비스의 질 확보 및 유지

면허제도는 무자격자의 의료행위로부터 국민의 건강을 보호하는 목적 외에도 보건의료서비스의 질을 일정수준으로 확보하고 유지하여 국민의 건강을 보호·증진하는 등의 공공복리상의 목적도 포함한다. 대부분의 의료면허제도는 자격요건과 결격사유를 규정하여 직업수행 능력과 자질을 사전에 확인하며, 면허 후에도 자질과 능력의 결함 시 직업수행을 정지 또는 금지함으로써 면허 이후의 질 감독 기능을 지속적으로 수행하게 된다.¹¹⁾

에 합격한 자

② 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학 또는 전문대학원을 6개월 이내에 졸업하고 해당 학위를 받을 것으로 예정된 자는 제1항제1호 및 제2호의 자격을 가진 자로 본다. 다만, 그 졸업예정시기에 졸업하고 해당 학위를 받아야 면허를 받을 수 있다.

11) 김기경, 전계논문, 제45~46면 참조.

III. 유사의료행위에 관한 검토

1. 보완대체의료의 의의 및 범주

가. 보완대체요법의 의의 및 유형

최근 유사의료행위 허용 입법의 추진과 관련하여 유사의료행위의 범주에 보완대체요법을 일부 포함하여 이를 허용해야 한다는 견해가 제기되는 등

〈표 1〉 우리나라에서 통용되고 있는 보완대체요법의 범주

구분	내 용
한약	한의학의 처방 중에서 일부를 한의사의 처방 없이 건강 개선이나 질병완화를 위해 응용하는 것으로서 대표적인 처방으로 십전대보탕이 있다.
침·뜸·부항	주변에서 쉽게 구할 수 있으며 특효혈이나 아픈 곳 위주로 자기치료를 하거나, 또는 비정규적으로 침구를 배운 사람, 수지침 등을 포괄하는 범주이다.
물리요법	수기나 기타 도구를 이용해서 근골격계질환에 주로 응용하는 요법들 ① 카이로프랙틱·접골·테이핑 ② 지압·경락마사지·발마사지·스포츠마사지 ③ 찜질·온천
행동심리요법	① 기치료·명상 ② 안수기도·굿·영적치료
식이요법	주로 식사와 병행하거나 대응하는 요법들 - 녹즙·기타 즙·죽엽·버섯류·흑염소·개소주·잉어·가물치·호박·달팽이·유황오리·사슴엑기스·녹용·자라즙 등등
약물요법	시판되고 있는 약재나 기타 천연물의 추출물을 응용하는 요법 - 종합영양제·비타민제·철분제제·칼슘제제·스쿠알렌·알로에·로얄제리·혈액순환제·키토산·폴무원 등의 건강식품상품 등
약초요법	전통적으로 쉽게 구할 수 있는 약초나 기타 약초를 생식이나 기타 변형을 가해 먹는 요법 ① 홍화·익모초·당귀 등등 ② 인삼류 ③ 각종 건강차
각종 건강 보조기구	자석팔찌·지압봉·저주파치료기·가정용의료기·각종매트
기타	① 아로마(향기요법) ② 금식 및 생식요법 ③ 단전호흡·요가 및 기공수련

자료: 보건복지부, 「국내 한방의료 및 대체요법 관련 산업의 현황과 국민경제에 대한 기여도」, 2002.

유사의료행위 관련 입법에 대한 논의들은 보완대체요법과 밀접한 관계가 있다. 보완대체요법이라 함은 현재 우리 사회에서 인정되는 의학에 속하지 않는 모든 이론이나 신념, 치료에 이용되는 행위와 제품 등의 치유자원 전체를 의미한다.¹²⁾

우리나라에서 통용되고 있는 보완대체요법의 유형으로는 한의사의 처방 없이 건강개선이나 질병완화를 위한 한약, 무면허자의 침·뜸·부항, 카이로프랙틱 등과 같은 물리요법, 기치료·명상과 같은 행동심리요법, 식사와 병행하거나 대응하는 다양한 식이요법 및 약초요법 등을 들 수 있다.¹³⁾

나. 보완대체요법에 대한 판례의 태도

국내에서는 보완대체요법에 대해 그 효과에 대한 과학적인 근거가 부족하며, 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 보는 시각이 지배적이다.

지금까지의 판례도 의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 보고 있고, 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 그 행위자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 시술능력을 갖추었다라도 이를 허용하지 않고 있다.¹⁴⁾ 즉 보완대체요법과 관련해 단순한 민간자격증을 취득하였다는 이유만으로 적법한 행위로 인정하지 않고 있는 것이다.

2. 국내 의료체계와 보완대체요법

가. 국내 의료체계의 특수성

보완대체의료에 대한 정부의 정책방향은 각국의 의료제도 및 정치형태

12) 김계현, 「보완대체의학의 보험적용을 위한 평가모형 개발에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 2005, 제7면 참조.

13) 보건복지부, 『국내 한방의료 및 대체요법 관련 산업의 현황과 국민경제에 대한 기여도』, 2002, 제85면 참조.

14) 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결.

등 다양한 요인에 따라 차이가 있으나, 크게 두 가지로 구분된다. 보완대체 의료를 제도권 내의 의료에 두고 있는 유럽식과 제도권 밖에 두고 있는 미국의 방식¹⁵⁾이 그것이다.¹⁶⁾

일부 유럽 국가에서는 모든 의료를 국가가 제공하는 의료보장제도를 채택하여 몇몇 보완대체의료도 의료보장제도 내에 두고 있는데, 단 치료는 의사의 처방에 의하며, 그에 따른 의료비는 정부가 일부 또는 전부 부담한다.¹⁷⁾ 이들 국가는 보완대체의료와 관련된 교육 및 제도, 면허관리를 정부가 엄격히 규제하고 있다. 이에 비하여 미국은 기본적으로 사보험제도를 채택하고 있다.¹⁸⁾ 사보험에 가입되어 있지 않거나, 가입되어 있어도 의료

15) 각국의 대체의학 관련 제도 현황(방건웅, “해외에서의 대체의학에 대한 제도적 대응현황”, 『한국정신과학학회 제14회 춘계학술대회 논문집』, 2001.)

국가	대체의학 관련 제도
영국	1983년의 의료법에 따르면 의사는 환자에게 도움이 된다고 확신하면 어떤 형태의 대체요법도 사용할 수 있다. 한편 의사들을 통제하는 ‘의료위원회’는 윤리 강령 및 시행절차를 따른 다른 보완대체의학들에도 모두 적용한다고 범위를 확장했다. 영국 의학협회(BMA)는 “의사로서 대체요법을 사용하고자 하는 경우에는 적절한 관련 단체에서 제공하는 훈련과정을 마쳐야 하며, 시술자로서 등록을 필한 후에 사용해야 한다”라는 지침을 발표했다.
독일	연방보건복지부 산하 6개 연구소 중 ‘약제 및 의료기구 연방연구소’가 있어 보완대체 의학을 등록하고 시술하는 보장을 받을 수 있다. 1976년 “Wissenschaftspluralismus (과학의 다양화)”라는 법률이 제정되어 모든 의사는 환자에게 유익하다고 생각되는 치료 행위를 할 수 있다.
미국	미국의 경우 대체의학을 제도권 내에 두고 있지 않고, 대체의학의 제도권 내 수용과 관련하여 여러 단체 간의 이해가 엇갈리고 있다. 그러나 대체적으로는 제도권으로 흡수되는 경향을 띠고 있는데, 미국의 경우 한의학도 대체의학의 범주에 포함하는 것으로 보고 있으며 한의학의 경우 미국 전체에 42개 한의대가 설립되어 있고, 28개 주에서는 침술이 합법화되어 미국전역에서 침술이 허용되고 있다. 또한 ‘대안 및 보완의학 정책위원회’를 구성해, 대체의학의 혜택을 최대화하기 위한 행정적, 법적 권고사항과 정책사안을 대통령과 의회에 보고하도록 되어 있다.

- 16) 서양에서는 서양의학을 제외한 모든 의학(동양의학을 포함)을 대체의학이라 하고, 우리나라에서는 서양의학과 동양의학을 제외한 모든 다른 의학을 대체의학이라 보고 있다(전세일, “대체의학의 현황과 전망”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제22면).
- 17) 영국의 경우 여러 종류의 보완·대체의학에 대한 치료비를 국가 의료보험에서 오래전부터 지급하고 있으며, 독일의 경우 독일 연방의사협회에서 각 대학이나 전문학회에서 일정한 자격증을 소유한 의료인이 대체치료를 한 경우 치료행위를 인정해 보험청구가 가능하다. 또한 독일에서는 모든 보험회사들이 카이로프랙틱과 정골요법 등 여러 종류의 대체의학에 대해 보험금을 지급하고 있다.
- 18) 미국의 의료보험제도는 개인의 자유를 존중하는 시장경제 체제의 경쟁의 틀 속에서 생활상의 모든 문제를 해결하도록 하고 시장기능으로 해결하지 못하는 부문에 대해서만

혜택이 많지 않은 저렴한 보험에 가입되어 있는 국민들은 보완대체의료에 의존하게 된다. 미국에서 모든 치료를 기본적으로 국민의 선택에 맡기고는 있지만, 환자의 건강에 위해를 가할 수 있는 수기치료나 침습요법은 규제를 하고 있다.¹⁹⁾

그러나 우리나라는 각국의 경우와는 다른 의료 환경에 있으므로, 보완대체의학에서 큰 비중을 차지하고 있는 한의학이 이미 제도권 내에 있으며, 정규교육기관에 의한 교육과정이 존재한다. 즉 외국에서는 보완대체의료에 포함되는 한의학 원리에 의한 침술과 약물요법 및 기타 치료법들이 우리나라에서는 한의사들의 의료영역에 포함되는 것이 많다.²⁰⁾ 그러므로 우리나라의 보완대체의료는 국외의 상황과 다른 시각으로 접근할 필요성이 있다.

나. 의료행위와 보완대체요법

현재 우리나라에서 행해지고 있는 많은 보완대체요법들은 그 효과에 대한 객관적·과학적인 근거가 부족하고, 인체에 위해를 발생시킬 우려가 높으며, 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 볼 수 있어 이를 무자격자에 의한 의료행위로 보는 시각이 지배적이다.

지금까지의 판례도 의료행위는 의료인만이 할 수 있음이 원칙이라 보고 있고, 다만, 의료기사제도를 두고 그들에게 한정된 범위 내에서 의료행위 중의 일부를 할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 의료인만이 할 수 있도록 제한한 의료행위 중에서, 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 적은 특정부분에 관한 침습으로 인체에

국가개입을 원칙으로 하는 자유주의적 성격을 띠고 있다. 전 국민을 대상으로 한 공적 의료보험제도는 없고 다만 65세 이상의 노인, 장애인 등을 대상으로 한 Medicare와 저소득계층을 대상으로 한 Medicaid가 있을 뿐이다(R.M.Ball, Socail Security, Today and Tomorrow, Columbia University Press, 1978, chap.2.6). 여타 일반 국민은 민영의료보험에 가입하고 있으며, 전혀 보험에 가입하고 있지 않은 사람도 전 국민의 약 20%에 이르고 있어 사회문제가 되고 있다.

19) 김형규, 『보완대체의료 활성화를 위한 정책토론회 토론편』, 보건복지부, 2007.

20) 정종운, 지정토론편, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제124~125면 참조.

가져올 수 있는 위험성 등에 대하여 지식과 경험을 획득하여 그 분야의 의료행위로 인한 인체의 반응을 확인하고 이상 유무를 판단하며, 상황에 대처할 수 있는 능력을 가졌다고 인정되는 자에게 면허를 부여하고, 의사의 지도하에서 제한적으로 의료행위를 할 수 있도록 허용하고 있는 것이다. 따라서 그 외의 자는 의사, 치과의사의 지도하에서도 그 행위만으로도 의료행위에 해당하는 한 비의료인은 이를 할 수 없으며, 이는 보완대체요법 관련 행위에 대하여도 적용된다. 또한 많은 보완대체요법들은 제도권 내의 의료계에서 인정받지 못하고 있으므로, 국가로부터 공인받지 못하는 단순한 민간자격증 취득하였다는 이유만으로 적법한 행위로 보지 않고 있다.²¹⁾

3. 유사의료행위의 개념 및 유형

가. 유사의료행위의 개념

유사의료행위라 함은 일반적인 의료행위의 구성요건인 인적 자격요건을 충족하지 아니한 상태에서 행하는 모든 행위를 말한다. 즉, 유사의료행위는 의료인이 아닌 자에 의한 의료행위를 의미하는 것이라 할 수 있다.²²⁾

최근 비의료인에 의한 미용·성형 관련 시술행위 및 민간요법을 가장한 무면허 시술행위가 급증하고 있는데, 이 같은 유사의료행위에 대한 판례의 태도는 비의료인들의 비과학적이고 의학상 검증되지 않은 의료행위를 방지하고 국민건강을 보호하는 데 중점을 두고 이를 의료법상 무면허의료행위로 보아 엄격히 규제하고 있다.

나. 유사의료행위의 유형

유사의료행위에 대한 판례의 태도는 한편으로는 비의료인들의 비과학적이고 의학상 검증되지 않은 의료행위를 보완대체요법이라는 이름하에 무책

21) 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결.

22) 한국보건사회연구원 건강증진기금사업지원단, 전계서, 제23면 참조.

〈표 2〉 의료인에 의한 유사의료행위의 유형

유형	내용
<p>한의사 면허 없는 자가 행한 침, 뜸 등의 시술행위</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 질병의 치료를 위한 신체벌침의 시술행위는 의료행위이고, 따라서 의료인 아닌 자가 영리를 목적으로 벌침의 시술행위를 업으로 하여 왔다면 보건범죄단속법 위반이다(대법원 1994. 4. 29. 선고 94도89 판결). • 의료인이 아닌 자가 인체에 벌침, 쑥뜸 등의 시술행위를 하였다면 그것이 의료기구, 또는 의약품에 해당하는 여부나 효험이 있는지 여부에 관계없이 금지된 의료행위이다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1892 판결; 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432 판결) • 침술행위는 의료법 제81조 소정의 의료유사행위로서 동법 제27조의 무면허의료행위에 해당되어 보건범죄단속법에 의하여 처벌된다(대법원 1993. 1. 15. 선고 92도2548 판결; 대법원 1994. 12. 27. 선고 94도78 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도1297 판결; 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481판결; 대법원 2000. 2. 1. 선고 99도6870 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결; 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결).
<p>박피, 문신 등 피부미용 관련 무면허 시술행위</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 자가 의약품으로 얼굴의 표피 전부를 벗겨내는 박피술을 시행한 것은 단순한 미용술이 아니라 의료행위이다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93도2544 판결; 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결). • 미용문신은 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 자가 이를 행할 경우 인체에 위해를 발생하게 할 우려가 있으므로 의료행위로 보아야 한다(대법원 1990. 11. 30. 선고 90노2672 판결; 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결).
<p>비의료인에 의한 마사지·지압 및 척추교정술</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 자가 안면안마기를 사용할 때 이는 시신경 등 인체에 위해를 발생하게 할 우려가 있어 의료행위에 해당한다(대법원 1989. 9. 29. 선고 88도2190 판결). • 무자격자가 근육이완기구인 전기마사지기와 엑스레이 필름 판독기를 갖추어 환자들에게 드라이브로 그 부위를 문지르고 아픈 부위를 손바닥으로 누른 후에 팔, 다리를 최대한 구부리게 손으로 잡아주었다가 놓아주는 운동을 장시간 반복하여 실시하는 것은 인체의 근육 및 골격에 위해를 발생할 우려가 있는 의료행위에 해당한다(대법원 1989. 1. 31. 선고 88도2032판결). • 할법 종목의 사회체육지도자 자격증 소지자가 할법원으로 오는 환자들로부터 그 용태를 물어 중세를 판단한 것은 문진에 의한 진찰이고, 이에 따라 압박 등을 반복하면 무면허의료행위에 해당한다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2807 판결). • 환부 또는 그 반대부위 및 척추나 골반에 나타나는 구조상의 이상상태를 도수 또는 바이타기 등으로 압박하는 등의 시술을 계속하는 것은 의료행위에 해당한다(대법원 1985. 5. 14. 선고 84도288 판결; 대법원 1985. 5. 28. 선고 84도2135 판결). • 의사면허 없는 자가 체육관 내에 척추교정실을 설치하고 환자들의 배, 허리, 척추 등을 누르고 쓰다듬는 일방 다리를 잡아 굽히고 펴는 등의 행위를 한 후 치료비를 받았다면 의료법상의 무면허행위이고 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 한 것이다(대법원 1987. 4. 28. 선고 87도286 판결). • 뼈 교정행위는 골격구조상의 이상상태를 교정, 생리적 기능의 회복을 꾀하는 외과적 시술로서 의료법상 의료행위에 해당한다(대법원 1987. 5. 12. 선고 86도2270 판결).

임하게 행하는 것을 방지하고 국민건강을 보호하고자 하는 데에 중점을 두고 있다. 다른 한편으로는 누구나 오래전부터 민간요법으로 간단히 할 수 있는 보완대체요법이라 할지라도 생리상 또는 보건위생상 위험이 있을 수 있는 경우에는 의료행위로 보고, 이때에는 전문 의료인에 의해 의료행위가 행해져야 함을 강조하고 있다. 유사의료행위에 대한 판례를 검토하여 그 범주를 살펴보면 <표 2>와 같다.

IV. 유사의료행위에 대한 법적규제

1. 무면허의료행위의 규제에 관한 논의

가. 무면허의료행위 규제에 대한 견해의 대립

현행 법체계에서 무면허의료행위를 규정하고 처벌은 의료법 제27조 제1항, 제87조와 이에 대한 가중처벌을 규정한 보건범죄단속법 제5조에 의한다. 의료행위는 인체에 대한 침습을 수반하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 위험이 많은 행위이므로 국가는 이러한 의료행위를 일정한 면허를 가진 사람, 즉 의료법 제2조에 의한 의료인으로서 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사 등에 의해서만 행할 수 있도록 하고 있으며 이러한 면허를 가지지 않은 사람이 의료행위를 시술했을 때, 같은 법 제27조 제1항에 의해 무면허의료행위로 처벌된다.

이러한 무면허의료행위의 규제와 관련하여 이를 엄격히 금지해야 한다는 입장과 규제를 완화해야 한다는 입장이 대립하고 있다.

(1) 전면적인 규제에 대한 찬성입장

규제의 실효성을 긍정하고 무자격자에 의한 무면허의료행위에 대한 규제를 찬성하는 입장에 의하면 헌법 제10조는 '인간의 존엄과 가치'에 대한 국

가의 보장 의무를 규정하고 있는데, 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄·가치의 근본이므로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생하게 할 우려가 있는 의료행위에 대한 규제는 바로 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무라고도 할 수 있다. 특히 의료행위는 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 잘못되는 경우 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있기 때문에 단순한 의료기술 이상의 '인체 전반에 관한 이론적 뒷받침'과 '인간의 신체 및 생명에 대한 외경심'을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의해서 행해져야 한다. 그러므로 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 의학적 전문지식을 구비하지 않은 무면허 의료행위자에 의한 시술을 금지해야 하고, 국가가 적극적으로 이를 규제해야 한다고 한다.²³⁾

(2) 규제에 대한 반대 입장

무면허자에 의한 의료행위에 대한 규제를 반대하는 입장에서는 무면허의료행위와 관련한 어떠한 예외도 허용하지 아니하고 일괄적으로 금지하고 있는 현행 의료법 제27조 제1항을 비판한다. 이 견해에 의하면 면허가 없다고 해서 치료 능력이 없는 것이 아니며, 국가가 개입하는 것과 마찬가지로 위험한 것으로 서비스의 선택권은 국민이 가지므로 현재의 무조건적으로 금지하는 제도를 검증하는 제도나 사후 중벌제도로 전환할 필요성이 있으며, 과학적 검증은 오랜 시간이 걸리므로 이보다는 당장의 치료가 중요한 것이고 과학적 검증에 의해 민간의료로 판단하기는 부적절하며, 무면허의료업자들이 오히려 의과대학에서 정규교육을 받은 사람들보다 다양성을 가지며, 민간의료행위 유형별로 자격제도를 두고 치료능력이 있는 사람을 가려내는 것은 국가의 의무이며, 무면허자의 의료행위 금지는 환자의 시술받은 자유와 건강권, 생명권을 침해하는 것이며, 무면허의료행위를 전면금지

23) 이인영, "무면허의료행위에 관한 일 고찰", 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999, 제178면.

하는 것 이외에는 다른 규제방법이 없다는 헌법재판소의 견해는 막연하며, 의료행위는 운전과 달리 사람의 치료 목적이 있으므로 운전면허처럼 면허를 요구하는 것은 합당하지 않다고 한다.²⁴⁾

또한 무면허의료행위에 대한 전면적인 금지는 의료사고의 방지나 예방에 목적을 두는 것이지만 제도적 장치가 용어의 혼란으로 실효성이 결여되어 있고, 규제요건과 사실행위가 일치하지 않아, 규제기능을 상실하기도 한다는 점, 의료행위는 본질상 침습과 해악을 수반할 수밖에 없으므로 면허소지자라고해서 완벽한 치료능력이 있는 것은 아니라는 점, 좋은 의료결과를 보장하는 제도는 부재한 상황인데 무면허의료행위를 규제하기만 하는 것은 타당하지 않다는 점, 모든 사람에게 평등해야 할 법의 형평성이 의료인 특정한 집단의 진료권 독점과 보호를 위한 수단으로 악용되는 것으로 규제제도의 목적을 상실한 것으로 합리적이지 못하다는 점, 한방의료에 관해서는 양방의료 중심으로 제정된 현행 의료법체계가 한방의료를 규제하는 것은 형평성을 상실한 것으로 국민보건의 안정성을 위한 제도적 장치의 유지를 위해 법치주의라는 합법성만이 강조되고 있는 점을 근거로 비판한다.²⁵⁾

나. 규제의 인정여부와 관련한 헌법재판소 판결

의료법은 의료행위의 주체로 의료인만을 인정하며 비의료인에 의한 의료영역으로의 침범을 치료의 결과와는 관계없이 무면허의료행위죄로 보아 구체적인 위험이 환자에게 발생하지 않은 경우에도 처벌해왔다.²⁶⁾ 무면허의료행위의 규제에 관련한 법적 고찰에 앞서서 이와 관련한 헌법재판소의 판례를 살펴보도록 한다.

24) 황종국, “무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처방안”, 『대한한약』, 2000, 제386~399면.

25) 한현구, “한방의료행위의 불법성 규제와 요건충족의 한계(상)”, 『의림』, 제187호, 1988, 제75~76면.

26) 이상돈, “무면허의료죄-현황, 구조, 한계, 대안”, 『고려법학』, 제20호, 2003, 제155~156면.

부산지방법원 1992.11.27. 선고 92영장10114 결정에서 법원은 무면허의료행위에 대해 “의과대학을 졸업한 의사가 아니면 의료행위를 무조건 못하게 하고 처벌하는 것은 입법적으로 매우 잘못된 것으로서 생명과 신체의 구호를 바라는 환자의 입장에서 볼 때 이는 인간존엄성과 생명권, 건강권, 행복추구권 등 헌법이 지향하는 근본이념에 대한 위협이 되어 위헌의 문제까지 제기될 수 있고, 의술의 발전도 가로막는 것이므로 법의 운용과정에서 처벌의 범위와 정도를 될 수 있는 한 줄이는 것이 바람직하다”고 판단하여 의료법상의 무면허의료행위 금지에 관해 이례적으로 관용적인 판단을 내렸다.

그러나 본 판결에 이어 구 의료법 제25조 제1항(현행 의료법 제27조 제1항)에 대한 위헌제청에서 법원은 합헌의 결정을 내리고 이러한 규제가 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 위반하지 않는다고 보고 이러한 일률적, 전면적 규제방법은 ‘대안이 없는 유일한 선택’으로 판단했다.²⁷⁾ 헌법재판소의 이러한 판결은 무면허의료행위의 전면규제에 대한 논의에서 결국 기존의 제도를 긍정하고 있음을 알 수 있다.

그 밖에도 헌법재판소 2001.11.29. 선고 2000헌바37 전원재판부 판결에서는 무면허의료행위를 업으로 한 경우 가중 처벌하는 보건범죄단속법 제5조가헌법 제11조 평등원칙, 제10조 인간의 존엄과 가치, 제37조 제2항 과잉금지원칙(비례의 원칙)을 위반하지 않는다고 판시하였다. 또한 헌법재판소 2002.12.18 선고 2001헌마370 전원재판부 판결에서 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 구 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분은 직업선택의 자유를 제한하거나 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이며, 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로 헌법적으로 정당화되는 것이라 판단한 바 있다.²⁸⁾

27) 헌법재판소 1996.10.31. 선고 94헌가7 판결.

28) 동취지의 판결로 헌법재판소 2005.3.31. 선고 2001헌바87 전원재판부 판결을 들 수 있다. 본 판결에서는 ‘의료법 제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한자’ 부분에 의하여 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 범의인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제

2. 유사의료행위에 대한 규제의 근거

현재 무자격자에 의한 의료행위 규제와 관련하여 이를 비판하는 입장에서는 개인의 직업선택의 자유²⁹⁾ 및 행복추구권의 침해를 근거로 그 부당성을 주장하고 있다. 그러나 이러한 기본권은 무제한적으로 보장되는 것이 아니며 상대적으로 보장되고, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 경우 제한되기도 한다(헌법 제37조 제2항).

환자의 생명권과 건강권, 인간의 존엄과 가치라는 보호법익³⁰⁾은 무면허 시술자의 직업선택의 자유나 행복추구권과 비교할 수 없는 가치를 가진다. 설령 무면허 시술자의 행위를 환자가 자기결정권에 기해 승낙했다고 하더라도 그 행위는 허용되어서는 아니 된다. 개인의 직업선택의 자유나 행복추구권과 같은 기본권의 제한과 관련한 부분에 있어서도 헌법재판소는 일관되게 이는 과잉금지 원칙³¹⁾에 부합하는 것으로서 정당하다고 판시하고 있다.³²⁾

검증되지 않은 무면허자에 의해 행해지는 유사의료행위는 의료의 본질적인 위해와 침습을 고려하더라도 면허자에 의한 행위보다 생명, 신체상 위해를 줄 우려가 훨씬 높다. 따라서 무면허 시술자의 이러한 행위는 국민의 생명과 건강이라는 법익을 침해하는 것으로 생각할 수 있으며, 이에 대한

36조 제3항)를 이행하기 위한 조치로서 이러한 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이러한 기본권의 제한은 비례 원칙에 부합하고 헌법적으로 정당화된다고 하였다.

29) 무면허의료행위에 대한 규제는 사회질서 및 공공의 이익을 위해 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 누구나 무분별하게 의료행위를 하였을 경우 발생할 수 있는 위험과 사회질서 체계의 혼란을 방지하기 위함이다.

30) 헌법재판소는 사람의 신체와 생명을 인간존엄성의 근본이므로 생명, 신체에 위해를 발생케 하는 의료행위를 규제하는 것은 인간존엄성을 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무를 강조한다(헌법재판소 1996.10.31. 94헌가7 결정).

31) 헌법재판소가 판시하고 있는 과잉금지의 원칙은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성으로 구성되어 있다.

32) 구 의료법 제25조 제1항(개정 의료법 제27조 제1항)은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이지만 이는 비례 원칙(과잉금지의 원칙)에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화된다고(헌법재판소 2002.12.18. 2001헌바370).

규제가 가능하다.

3. 현행법상 유사의료행위에 대한 규제

가. 의료법에 의한 규제

의료법은 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다고 규정하고 있고(의료법 제27조 제1항)³³⁾, 의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사의 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다고 규정하고 있다(동법 제27조 제2항). 그리고 동법 제27조 제1항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금으로 처벌받게 된다(동법 제87조). 또한 제27조 제2항을 위반한 경우에는 300만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제90조).

의료행위의 개념을 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위도 포함한다고 볼 때³⁴⁾, 유사의료행위도 의료법상의 의료행위에 해당하므로 무면허 의료행위로 보아 처벌받게 된다. 또한 비의료인이 유사의료행위를 할 경우 의사 등의 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하면 의료법에 의해서 처벌받는다.

33) 무면허의료행위 금지규정은 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데에 있다고 보이는 점, 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당할 뿐 아니라 그에 따를 수 있는 국민 보건상의 위험성에 비추어 사회통념상으로 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있다는 점, 위반행위에 대해 단순히 형사 처벌하는 것으로는 의료법의 실효를 거둘 수 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면 본 규정은 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건위생상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 제정된 것이다(임태근, 「대법원 판례에서 의료과실 판단 기준 분석」, 박사학위논문, 전남대학교, 2004, 제17면).

34) 다만, 예외적으로 의료법은 의료행위 중 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 적은 일부 행위에 대해 의료인이 아닌 의료보조자가 의사의 지도하에 의료행위를 행할 수 있도록 하고 있지만 이러한 의료보조자도 국가시험을 통과한 자로 제한하고 있다.

나. 보건범죄단속법 제5조에 의한 규제

그밖에도 의료법에 대한 특별법인 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」(이하 「보건범죄단속법」이라 함) 제5조는 “의료법 제27조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처하고, 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다”고 규정하여 부정의료업자를 처벌하고 있다.

무자격자에 의한 의료행위는 사람의 생명과 신체에 위해를 야기하므로 엄격히 규제되고 있는데, 의료행위를 영리의 목적으로 업으로 하는 경우에는 불법이 더욱 가중되어 특별법을 통해 가중처벌 받도록 한 것이다. 따라서 유사의료행위자가 영리를 목적으로 업으로 의료행위를 행한다면, 이는 보건범죄단속법 제5조를 위반하여 처벌받게 된다. 대법원은 이때 ‘영리의 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 그 이익의 귀속자가 반드시 경영의 주체나 손익귀속의 주체와 일치할 필요는 없다고 하였고³⁵⁾, 의료행위를 ‘업으로’ 한다는 의미는 사실상 반복 계속하여 의료행위를 한 경우뿐만 아니라, 반복 계속할 의사로써 의료행위를 하면 단 한번의 행위도 이에 해당된다고 판시한 바 있다.³⁶⁾

V. 법·정책적 문제점 및 개선방안

1. 관련 규정의 명확화·구체화

유사의료행위에 대한 통제를 근거로 관련 입법 추진에 관한 논의가 이루어진 바 있으나, 이는 오히려 지금까지 음성적으로 이루어지던 무면허의료

35) 대법원 1992.10.9. 선고 92도848 판결.

36) 대법원 1989.1.10. 선고 88도1896 판결.

행위를 조장할 우려가 있다.³⁷⁾ 따라서 유사의료행위 허용입법을 추진하기 보다는 현행법상 무면허의료행위 관련 규정을 정비하는 것이 그 실효성의 측면에서도 바람직하다 할 것이다.

현재 무면허의료행위의 규제에 있어 문제되는 점은 관련 법규정이 명확하지 않아 규제대상 행위의 범주가 모호하며, 법률의 착오로 인한 위반행위도 문제될 수 있다는 것이다.³⁸⁾ 의료행위의 개념도 명확히 규정된 바 없으며, 의료법 제27조 제1항의 전단부분은 다양한 형태의 무면허의료행위를 포섭하기에는 범위의 설정이 구체적이지 못하며, 또한 보건범죄단속법 제5조의 “한방의료행위” 부분도 명확하다고 보기 어렵다. 따라서 의료행위 개념정의 규정의 신설이 요구되며³⁹⁾, 관련 규정도 명확화·구체화할 필요성이 있다.⁴⁰⁾

2. 의사의 지시·감독권 강화

정통의학이 법률적으로 적법한 행위로 인정되는 것은 시술행위가 과학적으로 승인된 방법 또는 기술에 의한 것이라는 의술적 적정성에 근거하고 있다. 그런데 유사의료행위는 이러한 절차를 거치지 않아 의술적 적정성이 결여

37) 현두륜, “의료법 개정안의 주요 쟁점사항”, 『의료정책포럼』, 제5권 제1호, 2007, 제9면 참조.

38) 현행법상 의료행위의 개념이 부재함에 따라 법률의 착오가 문제될 수 있고, 관련행위를 위반한 경우 개념의 정의 없이 형사처벌하는 것은 죄형법정주의의 취지에 비추어 문제될 소지가 있다(한국보건사회연구원 건강증진기금사업지원단, 전계서, 제83면; 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제39호, 2002, 제66면 참조).

39) 의료행위의 개념정의와 관련해서는 대법원 판례의 내용을 근거로 규정을 신설해야 할 것이다. 즉, “의료행위라 함은 의학적 전문 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다”는 내용이다.

40) 의료행위의 개념 및 범위가 명확히 규정되면 무면허의료행위 대상에 관한 판단의 기준으로 작용할 수 있다. 즉, 유사의료행위와 관련하여 이를 의료행위로 볼 경우 비의료인이 행하였다면 의료법상 무면허의료행위로 처벌되기 때문에 그 개념을 명확히 규정할 필요성이 있는 것이다(최재천, “의료행위 개념의 변천과 대체의학”, 『변호사』, 제33집, 2003, 제172면).

되어 문제된다. 만일 유사의료행위 중 일부가 과학적 검증을 거쳐 의술적 적정성을 지니게 된다면 독자적인 지위를 인정할 것인지가 문제될 수 있다.⁴¹⁾

최근 스포츠마사지사, 경락마사지사, 생활건강 관리사, 발판리사, 카이로프랙티사 등에 의한 유사의료행위가 성행하고 있는데, 이들을 합법화할 경우 i) 의료기사법상의 자격을 갖춘 물리치료사 등 의료기사들은 독립된 업소 개설권 없이 의사의 지도, 감독 하에 치료보조행위만을 할 수 있음에 반하여 단기간의 사설교육과정을 거친 유사의료행위자들이 독립된 업소 개설권을 갖게 되어 국민건강을 해할 수 있으며, ii) 유사의료행위자에 의한 시술은 의료사고 발생의 위험성이 높아 사후 회복 불가능한 피해를 입는 환자들이 양산될 우려가 있으며, iii) 국민들의 건강을 무자격자에게 맡기게 되는 것으로 국가의 의료정책에 반하는 결과를 초래할 수 있다.⁴²⁾ 따라서 의학적 적정성을 위한 엄격한 검증이 요구되며, 그러한 절차를 거친 후라도 그 지위의 독립성을 인정하기에는 무리가 있어 보인다.⁴³⁾ 따라서 의사에게 지시·감독권을 부여하고, 그 지시 하에서 일정한 영역의 행위만을 허용하도록 하여 기능적 협동에 관한 규율을 법제화하는 방안도 고려해 볼 수 있겠다.⁴⁴⁾

41) 전병남, 지정토론문, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제129면.

42) 신현호, “의료행위의 범위와 안마행위 규제의 위헌성”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004, 제138면.

43) 검증되지 않은 보완 및 대안의학은 의료 영역에서 활용되어서는 아니 되며, 검증은 i) 선진국에서 이미 검증을 받고 널리 활용되고 있으며 국내 전문가들의 판단에 의해서 안전성이 입증된 것, ii) 국내외에서의 임상연구를 통해 안전성과 유효성이 입증된 것으로 국한해야 한다는 견해가 있다(대한의사협회 의료정책연구소, 『국내에서 보완·대안의학의 합리적인 수용을 위한 정책연구』, 2003, 제51면).

44) 이와 관련하여 의료인과 비의료인의 협업은 이를테면 ‘비의료인의 간호협동’이라는 표제 하에, 간호협동을 할 수 있는 직업군을 예시하여야 한다는 견해가 있다. 이렇게 함으로써 피부관리사가 독립개원하여 국민의 피부건강관리에 역기능적인 활동을 전개할 가능성을 제도적으로 차단할 수 있다고 한다. 이런 기능적 협동의 규율방식은 현재의 무면허의료행위죄의 운영이 양자택일적인 방식으로 이루어지는 현실도 극복하게 할 수 있다고 한다(이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 『대한피부과학회지』, 제42권 제2호, 2004, 제136~137면).

3. 독립적인 전문연구기관의 설립

보완대체요법은 그 과학적 검증이 부족한 상태이고, 인간의 신체에 대한 침습성을 전제로 하는 행위이므로 현재 이를 법제화, 양성화하기에는 무리가 따른다. 따라서 우리나라에서 활용되고 있는 보완대체요법의 현황을 파악하고, 각 요법들의 안전성과 유효성 등을 검증하기 위한 독립적인 연구기관 설립이 요구된다.

현재 우리나라는 보완대체의료와 관련된 정확한 통계도 부족하고, 관련 자료들도 부족한 실정이다. 이에 반해 미국이나 유럽은 국가에서 국립보건원(NIH) 산하에 관련 연구소를 설치⁴⁵⁾, 이곳에서 관련 교육과정 개발부터 면허관리, 제도정비, 연구지원 및 홍보사업 등을 담당하고 있다.⁴⁶⁾

특히 미국의 보완대체의료센터는 임상실험을 통한 자체적 연구는 물론 외부 연구기관의 연구지원, 다양한 주제에 대해 대학을 비롯한 각 연구기

- 45) 보완의학연구소(NCCAM)의 설치 목적은 “대체의학 및 보완의학의 효과여부를 규명”하는 데 있고, 이를 위한 연구비를 지출하며 대체의학에 대한 정보를 일반 및 전문가들에게 제공하는 데 있다(김태환, “미국의 대체의학 연구현황”, 『대한의사협회지』, 제41권 제12호, 제1230면).
- 46) 미국국립보건원(NIH)은 미국 보건성의 직속기관으로서 세계 최첨단 의학 연구소 중 하나이며, 지금까지 미국 내 의학연구의 중심 역할을 해 왔다. 산하에 25개 독립기구와 센터가 있는데 NCCAM도 그 중 하나이다(김종열, “미국의 대체의학 현황과 전망”, 『과학사상』, 제39호, 범양사, 2001, 제53면). NCCAM의 주요 업무내용은 다음과 같다(조무성, “미국의 보완대체의학정책조직의 한국에의 적용문제와 해결방향”, 『한국행정학회 학술대회 발표논문집』, 한국행정학회, 2004, 제320~321면).

구분	기능
센터장	기관 간의 보완대체의학의 조정과 연구노력의 선도와 감독
행정운영실	센터의 대내외 고객에게 일선행정지원 합과 동시에 증진관리층에 지원을 함
국민홍보실	일반국민과 건강전문가들을 위한 자료개발, 매체와의 연결자로 기여하며 건강교육을 실행, 보완대체의학정보센터를 운영
과학정책 운영실	보완대체의학센터의 과학적 창안과 프로그램을 계획·평가·보고하고 보완대체의학센터 자문회의(NACCAM)와 보완대체의학암자문단(CAPCAM)을 조정
대의연구 훈련과	보완대체의학에 대한 국내외 지원연구와 연구훈련프로그램을 개발·감독하고 미 보건원 내 다른 연구소들과 센터들과의 연구노력 조정
과학검토실	보완대체의학센터에 제출된 모든 계약과 연구비의 검토를 할 책임 있음
대내연구과	효과적 보완대체의학과 정통적인 의료의 통합을 활용하며 연구훈련교과과정의 개발을 촉진함

관의 연계를 통한 연구센터설립 프로그램 등을 진행하고 있다.⁴⁷⁾

이에 비하여 현재 우리나라의 보완대체의료 관련 연구는 매우 취약한 수준이다. 따라서 전문적인 연구기관을 설립하여 보완대체의료에 대한 국내외 현황을 파악하고, 각 요법에 대한 자료 수집 및 과학적 근거 등 체계화된 데이터베이스를 구축하여 국민과 관련 연구자들에게 제공하도록 하여야 한다. 또한 관련 전문가의 인력풀을 구성하고, 각 요법의 안전성과 유효성을 검증하는 연구를 지원하는 일도 연구기관에서 담당하여야 한다. 다만 우리나라는 특성상 현대의학과 한의학이 모두 제도권 내 의학으로 자리 잡고 있는 만큼 어느 쪽의 산하기관이 아닌 독립된 연구기관이 되어야 할 것이다.⁴⁸⁾

VI. 결 론

최근 유사의료행위의 범주에 보완대체요법을 일부 포함하여 이를 허용해야 한다는 견해가 제기되는 등 유사의료행위 관련 입법에 관한 논의가 이루어지고 있다. 기존의 판례를 살펴보면, 비의료인들의 의학상 검증되지 않는 의료행위를 보완대체요법이라는 이름하에 행하는 것을 금지하고 있으며, 민간요법으로 간단히 할 수 있는 보완대체요법이라 할지라도 생리상 또는 보건위생상 위험이 있을 수 있는 경우에는 의료행위로 보고, 전문 의료인에 의해 의료행위가 행해져야 함을 강조하고 있다.

47) 다만, 이러한 사실만으로 미국사회나 의학계가 대체의학을 정식으로 인정하고 받아들인 증거라고 해석하는 것은 시기상조이다. “과학적으로 검증하고 확인된 정보만을 정식의학의 일부로 인정한다”는 철학을 중심 사상으로 견지하고 있는 의학계에서는 대학에서의 대체 의학 교과과정 설립이나 국립보건원예의 대체 의학국 설립이 “대체의학을 과학적으로 연구할 수 있는 토대를 만들어 주고, 연구의 기회를 제공해 주며, 연구자들의 의욕을 고취시킨다”는 것이 공식 입장이지 대체 의학의 존재를 있는 그대로 받아들이고 있다는 뜻은 아니다(전세일, 전계논문, 제22~23면).

48) 김형규, 『보완대체의료 활성화를 위한 정책토론회 자료집』, 2007.

유사의료행위와 관련하여 가장 큰 문제점은 전문의료인이 아닌 비의료인들이 수지침 시술, 안마, 지압, 척추교정 등을 보완대체요법이라는 이름으로 무책임하게 시술행위를 하고 있으며, 그 피해사례가 사회문제화 되고 있다는 점이다. 따라서 국민건강과 직결되는 유사의료행위의 허용 입법에 관해 논의하기에 앞서 관련 규정을 정비하여야 할 것이다. 또한 전문연구기관을 설립하여 상세한 실태조사와 상당한 기간에 걸쳐 외국의 법제 등을 다각도로 검토하고, 이에 대한 과학적 검증이 선행된 후 제한적인 범위 내에서 이에 대한 허용여부가 검토되어야 할 것이다.

주제어 : 유사의료행위, 보완대체요법, 의료행위, 무면허 의료행위

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김계현, 「보완대체의학의 보험적용을 위한 평가모형 개발에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 2005.
- 김기경, 「보건의료의 직업과 영업에 대한 법적 규제: 직업면허와 영업규제를 중심으로」, 박사학위논문, 연세대학교, 2003.
- 김태환, “미국의 대체의학 연구현황”, 『대한의사협회지』, 제41권 제12호.
- 김형규, 『보완대체의료 활성화를 위한 정책토론회 자료집』, 2007.
- 대한의사협회 의료정책연구소, 『국내에서 보완·대안의학의 합리적인 수용을 위한 정책연구』, 2003.
- 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제39호, 2002.
- 방건웅, “해외에서의 대체의학에 대한 제도적 대응현황”, 『한국정신과학학회 제14회 춘계학술대회 논문집』, 2001.
- 보건복지부, 『국내 한방의료 및 대체요법 관련 산업의 현황과 국민경제에 대한 기여도』, 2002.
- 신현호, “의료행위의 범위와 안마행위 규제의 위헌성”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004.
- 이덕환, 『의료행위와 법』, 문영사, 1998.
- 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 『대한피부과학회지』, 제42권 제2호, 2004.
- 이인영, “무면허의료행위에 관한 일 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999.
- 이재석, “의료행위의 형법적 평가”, 『대구법학』, 제4호, 대구대학교, 2001.
- 임태근, 「대법원 판례에서 의료과실 판단 기준 분석」, 박사학위논문, 전남대학교, 2004.
- 장재호, “직업면허에 관한 소고”, 『고용동향분석』, 2002 1/4분기, 한국산업인력공단 중앙고용정보원, 2002.
- 전병남, 지정토론문, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004.
- 조무성, “미국의 보완대체의학정책조직의 한국에의 적용문제와 해결방향”, 『한

- 국행정학회 학술대회 발표논문집』, 한국행정학회, 2004.
- 조형원, “현행 보건의료법규의 검토”, 『한양법학』, 제6집, 1995.
- 최재천, “의료행위 개념의 변천과 대체의학”, 『변호사』, 제33집, 2003.
- 한국보건사회연구원 건강증진기금사업지원단, 『국민건강 의식제고를 위한 사이버 의료행위 근절방안』, 한국보건사회연구원, 2003.
- 현두륜, “의료법 개정안의 주요 쟁점사항”, 『의료정책포럼』, 제5권 제1호, 2007.

2. 외국문헌

- Barry R. Furrow, Thomas L. Greaney, Sandra H. Johnson, Tomothy Stoltafus
Jost, Robert L. Schwartz, Health Law, second edition, West Group,
St. Paul, 2000.
- Black's Law Dictionary, 5th ed, 1979.
- Bryan A. Liang, Health law and policy: a survival guide to medicolegal issues for practitioners, Boston Butterworth-Heinemann, 2000.
- R.M.Ball, Social Security, Today and Tomorrow, Columbia University Press,
1978.
- WHO, Legal state of Traditional Medicine and CAM: A Worldwide Review,
2001.

Legal Review of Similar Medical Practice

Kim Han Nah, Kim Kye Hyun

Research Institute for Healthcare Policy Korean Medical Association

=ABSTRACT=

This study aims to review legal problems of similar medical practice and suggest methods of improvement. Similar medical practice refers to all medical practices conducted in the state that human qualification is not fulfilled. It may cause serious damages on health and lives of national people. Currently, similar medical practices are recognized as unlicensed medical practices and prohibited based on the Medical law and additionally punished by then special law in Korea.

However, the current Medical Law does not provide clear and accurate concept of medical practices so that it is difficult to regulate similar medical practices. The issue of complementary and alternative therapy related to similar medical practices is also in special state different from other countries. In addition, since similar medical practices lack of evidences in terms of safety, the dangerousness of accidents is high and it may affect badly on health of national people and health care policies.

Methods of improvement in order to resolve problems regarding similar medical practices are: first, concept and scope of medical practice should be clear, accurate and concrete. Second, complementary and alternative therapies related to similar medical practices need to be strictly examined and the supervisory right should be given to doctors should be given even though a part of it is allowed. Third, research institutes specialized in the field should be established for scientific examination of complementary and alternative therapy and objective research results should be open to the public. Finally, since damage cases caused by similar medical practices by non-medical personnel, national

management and supervision for similar medical practices should be reinforced.

Keywords : similar medical practice, complementary and alternative therapy,
medical practice, unlicensed medical practice