

의료 개념의 다층적 이해와 법

김 나 경*

- I. 문제의 인식
- II. '의료행위' 개념의 법적 차원
 - 1. '의료인'과 '의료행위'의 범위와 영역 확정
 - 2. '의료행위' 개념 정의의 법적 구조
 - 3. '의료 영역' 개념 정의의 법적 구조
- III. '의료'의 인문학적·사회학적 이해
 - 1. 의료의 본질
 - 2. 의료의 과학화와 전문화
- IV. '의료행위'의 법적 규율
 - 1. 의료 '본질'의 인식
 - 2. 법정책의 방향 모색

I. 문제의 인식

'의료행위'란 무엇인가. 이 물음에 대한 답은 크게 '인문학적' 차원과 '사회학적' 차원 그리고 '법규범적' 차원에서 이루어질 수 있다. '인문학적' 차원에서는 의료(라는 행위)가 인류의 역사 속에서 어떻게 이루어져왔고 인식되었는지, 즉, 그 태생적·본질적 속성은 무엇인지에 관심을 갖는다. 그리고 의료의 '본질'이 특히 사회문화적인 요소들에 의해 어떻게 변형되거나 경우에 따라서는 왜곡되는지는 '사회학'의 주된 관심 대상이다. 그렇다면, '법규

* 논문접수: 2010. 11. 5. * 심사개시: 2010. 11. 10. * 게재확정: 2010. 12. 10.

* 법학박사, 성신여자대학교 법과대학 조교수

* 이 논문은 2010.11.19. 대한의료법학회와 법원의료법분야연구회가 공동으로 주최한 2010년 대한의료법학회 추계학술발표대회에서 발표한 내용을 수정·보완하고 재구성한 것이다.

법적 차원에서는 ‘의료행위’에 대해 어떠한 관심을 가지게 되는가. 법규범적 차원에서 이 물음은 ‘의료행위’를 개념적으로 정의함에 있어 어떠한 관심을 ‘가져야 하는가’라는 당위의 물음이라 할 수 있다. 이와 관련하여 ‘인문학적’ 차원과 ‘사회학적’ 차원에서의 의료에 대한 이해는 의료행위에 대한 법적 보호의 방법과 범위를 설정하는, 즉 ‘(의료)법’이 의료의 본질을 왜곡하지 않기 위해 해야 할 역할을 파악하는 기초가 된다. 아래에서는 ‘의료행위’ 개념에 대한 실정법의 규정과 해석이 갖는 문제점이(항목 II) 의료 개념의 ‘사회학적’인 변형과 같은 맥락에 있음을 확인하면서(항목 III) 의료의 ‘본질’이 그 고유의 의미를 잃지 않도록 하는 바람직한 법정책의 방향을 모색해보려 한다(항목 IV).

II. ‘의료행위’ 개념의 법적 차원

1. ‘의료인’과 ‘의료행위’의 범위와 영역 확정

현행 의료법 제27조 제1항은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정한다. 이러한 규정의 위반에 대해서는 ‘5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금’(의료법 제87조) 및 ‘의료인에 대한 3개월의 자격정지’¹⁾라는 제재가 가해지며, 이러한 행위를 ‘영리의 목적’을 가지고 ‘업으로’ 하는 ‘부정의료업행위’에 대해서는 ‘무기 또는 2년 이상의 징역’ 및 ‘100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금’이라는 가중된 제재가 가해진다.²⁾ 즉, 현행법에 따르면 ‘의료인’만이 의료행위를 할 수 있으며, 비의료인이 행한 행위는 — 치료(더 나아가서는 기타 보건적) 목적을 위하여 했더라도 — 의료행위가 아니라고 분류된다면

1) 의료법 제87조, 제66조 제1항 제5호, 제68조 및 의료관계 행정처분규칙 별표 2.가.18).

2) 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조.

상해나 사망의 결과를 야기하지 않는 이상 법적 제재를 받지 않는다. 이러한 규율의 전제는 ‘의료행위’ 그리고 ‘의료인’에 대한 개념 정의이다. 더 나아가, 현행법은 해당 ‘면허의 범위’를 벗어나는 의료행위도 무면허의료행위로 처벌하므로, 의사와 간호사 간의 분업적인 의료행위에서와 같은 수직적인 의료관계를 전제로 하는 영역의 구분뿐만 아니라 ‘(양방)의료’와 ‘한방의료’처럼 — 판례의 표현에 따르면 — ‘해당 의료행위가 이루어지는 의학적 원리에 따른’ 영역의 구분도 요청한다.

2. ‘의료행위’ 개념 정의의 법적 구조

가. ‘의료행위’ 개념 요소의 형식적 규정

그런데 우선 현행 법체계에서 의료행위에 대한 명확하고 실질적인 정의 규정은 존재하지 않는다.³⁾ 다만, 의료생활세계의 기본법이라 할 수 있는 <의료법>에는 ‘의료행위’에 대해 다음과 같이 ‘간접적’으로⁴⁾ 규율하는 규정들이 있을 뿐이다. 의료법 제12조에 따르면 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등의 의료기술의 시행(이하 “의료행위”라 한다)”에 대하여는 법령에 따로 규정된 외에는 누구든지 간섭하지 못한다. 이 규정은 의료행위란 ‘의료인’만이 독점적으로 할 수 있는 행위라는 점을 분명히 하지만, 그 내용은 무면허의료행위의 법 규정을 넘어서지 않는다. 다른 한편, 의료법 제14조는 “의료인은 의료행위에 필요한 기구·약품, 그 밖의 시설 및 재료를 우선적으로 공급받을 권리가 있다”고 규정한다. 이는 의료기재를 사용한다는 것이 의료행위가 갖는 보편적 특징 중 하나라는 점을 암시하며, 동시에 의료인은 의료기재에 대한 우선적인 공급권을 갖는다는 점을 말해주기도 한다. 아울러 의료법 제13조도 “의료인의 의료 업무에 필요한 기구·약품, 그 밖의 재료

3) 같은 논지로 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제39권, 2002, 제68면; 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』, 제27호, 제102면 참조.

4) 광명섭, “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 제67면.

는 압류하지 못한다”고 규정함으로써 의료인은 의료 업무인 의료행위를 수행함에 있어서 일반적으로 의료기재를 사용하게 된다는 점을 보여주며, 의료기재에 대해서는 특별한 법적 보호가 이루어짐을 이야기한다. 언급한 의료법 규정들을 종합해보면 의료행위란 ‘의료인’이 ‘의료기재’를 사용하여 — 특히 독점적으로 행하는 — ‘업무’로,⁵⁾ ‘주체’의 요소 그리고 ‘수단’과 ‘행위’라는 객체 혹은 대상적 요소로 구성된다.⁶⁾

하지만 이러한 점만으로는 여전히 ‘의료행위’의 실질이 무엇인지를 파악할 수 없다.⁷⁾ 위의 의료법 규정들은 “의료인은 의료행위를 행하는 사람이고 의료행위는 의료기재를 사용하는 행위이며 의료기재는 의료인만 사용해야 하는 기재이다”라는 순환논리⁸⁾를 보여줄 뿐이라는 지적은 바로 이러한 맥락에서 있다. 물론, ‘의료·조산·간호 등’ 의료기술을 시행하는 방법에 대해 규정하는 의료법 제12조와 의료인이 환자나 그 보호자에 대해 “의료의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도”할 요양지도의무에 관해 규정하는 의료법 제22조를 통해 ‘의료행위’의 유형을 일반적으로 파악할 수 있는 하다.⁹⁾ 아울러, ‘진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송’을 요양기관이 행하는 요양급여의 종류로 열거하는 국민건강보험법 제39조 제1항은 추상적인 의료행위의 유형을 보여주는 하나의 예가 될 수 있다. 그러나 이와 같은 열거된 개념들은 여전히 추상적일 뿐이어서, “법 개념이 포섭하여야 할 현실적 행위들”¹⁰⁾을 파악

5) 의료법 제12조~제14조 및 제27조에 근거하여 이와 같이 설명하는 이상돈, 전계논문, 제102면 이하; 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 법문사, 2009, 제2~3면 참조.

6) 의료행위의 ‘주체’, ‘수단’ 그리고 ‘행위’의 차원을 이야기하는 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 『대한피부과학회지』, 2004, 제42권 제2호, 제132면; 이상돈·김나경, 상계논문, 제2면 이하; 의료행위의 ‘주체’ 그리고 ‘객체’의 차원을 이야기하는 류지태, 전계논문, 제67면 이하 참조.

7) 같은 지적으로는 신현호, “<의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰>에 대한 토론문”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 제84면 참조.

8) 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 제102면 이하.

9) 특히 대법원은 “의료행위에는 통상 진단과 치료 외에 환자에 대한 요양지도도 포함”된다고 본다(대법원 1999.3.26. 선고 98다45739 판결).

10) 류지태, “의료행위의 개념”, 제63면.

하기에는 역부족이다.

나. 형식적 ‘의료행위’ 개념의 구체화

의료행위의 개념에 대한 실정법 규정이 대부분 ‘형식적’이기 때문에, 그 개념의 실질은 개념의 구성요소들에 대한 행정기관의 법정정책 결정이나 유권적 해석 그리고 법원의 판결을 통해 형성되어 나아간다.

(1) ‘위험성’ 표시의 유권적 해석

의약품이나 의료기기 등 의료기재는 그 허가와 신고에 관한 업무를 관장하는 식품의약품안전청에 의해 관리되므로, 의료 ‘수단’과 관련해서 일차적으로는 허가 또는 신고 기준에 대한 식품의약품안전청의 정책적 결정이 법적인 의료행위를 정의내리는 데에 중요한 역할을 한다.¹¹⁾ 예를 들어, 대법원은 “산화알루미늄 성분의 연마제가 든 크리스털 필링기”는 식품의약품안전청이 당시 시행되던 구약사법 제2조 제9항에 근거한 <의료용구의 지정 등에 관한 규정>¹²⁾에 의해 “의료용구기구”로 지정하고 있는 ‘공압분사연삭기’에 해당한다는 점을 기초로 이 기구를 이용한 박피시술은 단순한 미용술이 아닌 의료행위라고 보았던 원심법원의 판단¹³⁾을 수용하고 상고를 기각한 바 있다.¹⁴⁾ 더 나아가 법원은 많은 경우 “사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 우려”¹⁵⁾ 혹은 “보건위생상 위험”¹⁶⁾ 등과 같은 ‘위험성’에 기초하여 해당 수단의 성격에 대해 직접 ‘권력적 결정’을 내린다. 대법원은 ‘프로페셔널 필링 포몰러’라는 제품을 얼굴의 표피전부를 벗겨내

11) 이와 관련하여 “의료기재의 결정은 식약청의 발족으로 더욱 더 국가화되고 있다”고 지적하기도 한다. 이는 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 제134면.

12) 식품의약품안전청 고시 제2001-76호.

13) 서울지방법원 2003.5.14. 선고 2003노1860 판결.

14) 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결.

15) 대법원 1986.10.14. 선고 86도1678 판결.

16) 대법원 1979.5.22. 선고 79도612 판결.

기 위한 박피술의 시행을 위해 사용한 행위가 문제된 사안에서, “화장품으로 분류되는 필링크림 등을 사용”하는 행위라면 “단순한 미용술”에 해당하지만 “의약품”을 사용하는 것이라면 “의료행위”에 해당한다고 실시하였다.¹⁷⁾ 법원은 ‘동 제품의 용기 표면에 있는 설명서에서 뉴욕의 피부과전문 의가 피부박피술을 시행함에 있어 사용하는 치료약물이라는 점, 부작용이 생기면 의사에게 진찰을 받을 것을 경고하고 있다는 점’에 기초한 참고인의 진술서 내용에 기초하여, — 의약품인지의 여부가 분명치 않았던 동 제품에 대해 — “사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려”가 있으므로 중국적으로 “의약품이라고 봄이 상당하다”는 결정을 내렸다.

‘수단의 위험성’을 기초로 의료행위여의 편입여부를 결정하는 법원의 판단은 사용되는 수단이 ‘의료기재’로 분류되지 않았다 할지라도 전체 행위과정의 ‘위험성’을 지니면 ‘의료행위’에 속한다는 판단으로 확장되기도 한다. 예를 들어, 대법원은 “돌 등이 들어 있는 스테인리스 용기를 가열하고 이를 천과 가죽으로 덮은 (...) 찌질 기구를 주어 환자로 하여금 직접 이를 환부에 대고 찌질을 하도록” 한 행위는 “의료행위에 해당”한다고 보았으며,¹⁸⁾ “환자(...)의 양 손목의 맥을 짚고 어깨와 허리를 눌러” 보면서 “그 질환을 신경성 심장병이라 단정”한 후 “연뿌리 등을 조제하여 먹으라는 조약 지시”를 한 것¹⁹⁾은 의료행위에 해당한다고 판단한 바 있다. 더 나아가 같은 취지에서 보건복지부는 “신의 명을 받았다고 하는 자가 사람의 몸을 진맥하여 밀가루, 쌀가루 등을 환자에게 제공하는 행위”²⁰⁾가 의료행위에 해당한다는 유권해석을 하기도 하였다.

17) 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결.

18) 대법원 2000.9.8. 선고 2000도432 판결.

19) 대법원 1981.12.22. 선고 80도2974.

20) 보건복지부, 2000.5.18. 의정 65507-490.

(2) 위험성 표시의 '주체의존성'

그런데 '위험성'이라는 개념표지는 여전히 추상적이어서 법원의 판단의 재량이나 행정부의 유권해석의 범위는 매우 넓다. 그리고 그만큼이나 이에 대한 구체적인 근거지음을 찾기는 매우 힘들다. 특히, '가열된 찜질기구'의 사용이나 '연뿌리'의 섭취가 — 왜 일상적인 '의료적' 행위²¹⁾와는 구별되는 — '의료행위'인지, '밀가루와 쌀가루의 제공'이 신체에 실질적으로 어떠한 위험성을 가져올 수 있는 것인지, '필링크림'과 '프로페셔널 필링포뮬러'의 위험성이 항상 확연히 구별될 수 있는 것인지²²⁾ 등에 대해서는 충분히 납득할 수 있는 근거를 찾기 어렵다.

'의료행위'의 개념지표로 등장하는 추상적인 '위험성' 개념에 대한 법적 이해의 기초로 삼을 수 있는 것은 우선 민·형사법적으로 요청되는 의료행위의 정당성 기준이다. 민·형사법적으로는 — 의료행위의 '결과' 측면을 제외한다면 — '적응요건'을 갖추었는지 그리고 '의술의 법칙'에 합치하는지가 문제되는 의료행위의 정당성 판단의 주된 요소이다.²³⁾ 그런데, '적응요건'을 알고 이해하며 '적합한 의술의 법칙'에 따라 행위하라는 것은 해당 행위의 '과학성'과 '전문성'에 대한 요청에 다름 아니다. 바로 여기서, '수단'의 차원과 '행위'의 차원에서의 '위험성' 표시의 요청이 많은 경우 '과학적 지식을 이해하고 통제하는 전문적 능력'에 대한 요청으로 귀결될 것이라는 점을 이미 예측할 수 있다. 현재 대법원은 의료행위를 "의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능"²⁴⁾으로 시행되는 행위라 정의한다. 더 나아가 의료행위

21) 여기서 '의료적' 행위란 논의에 명확성을 기하기 위한 용어로, 현행 실정법과 법해석을 통해 '의료행위'라 분류되는 것보다도 더 넓은 의미에서 '치료'나 '건강상태의 개선'을 도모하는 행위 일체를 지칭한다.

22) 이에 대한 비판은 이상돈, "무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안", 『고려법학』, 제40권, 제162면.

23) '의학적 적용' 요건에 부합하며 '의술의 법칙'에 합치해야 한다는 의료행위의 정당성 요건에 대해서는 정현미, 『의료과오의 형사법적 책임』, 한국형사정책연구원, 1998, 제33면 이하; Albin Eser, §223, Rdnr. 34, StGB Kommentar (Schönke/Schröder), 2006; Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, C.H.Beck Verlag, 1999, §6, Rdnr. 제30면 이하 참조.

의 위험은 “의료인이 행하지 아니하면”, “보건위생상 위해를 행할 우려”²⁵⁾라고 정의하거나 “의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면” 발생될 수 있는 “사람의 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해”²⁶⁾라고 설명한다. 이와 같은 근거지움은 ‘위험성’이라는 추상적인 표지에 대한 법원의 판단이 ‘의료주체의 전문성’에 대한 판단에 강하게 의존함을 분명히 보여준다.

(3) 논증부담의 완화와 비의료인의 소외

특히, 현행 <의료법>은 ‘면허제도’를 통해 의료행위의 주체인 ‘의료인’의 범위를 ‘명확하게’ 한정하고 있다.²⁷⁾ 즉, 해당 행위의 주체가 의료인인지에 대한 법적 결정은 ‘의료인 면허를 소지하는지’에 대한 결정일 뿐, 특별한 논증을 필요로 하지 않는다. 이는 법원이나 행정부가 문제되는 행위가 의료 행위인지의 여부를 판단함에 있어 —수단과 행위의 차원에서의 결정을 회피하고 —행위의 주체가 의료인 면허를 지닌 자인지에 의존하려는 경향을 더욱 강화하는 요인이 된다. 더 나아가 문제되는 행위에서 위험성의 존부가 분명하지 않은 경우 해당 행위를 수행한 주체가 ‘비의료인’이라면 보다 쉽게 해당 행위를 ‘의료행위’로 포섭하고 무면허의료행위로 처벌하는 경향을 보이는 요인이 될 수도 있다.²⁸⁾ 예를 들어, 앞에서 언급했던 ‘프로페셔널 필링포틀러’ 사안²⁹⁾에서는 행위자가 사용하는 의료기재의 위험도가 그렇게 높지 않고 행위 자체는 ‘피부미용’의 성격을 많이 띠고 있었다.³⁰⁾ 그렇

24) 대법원 2002.6.20. 선고 2002도807 전원합의체 판결.

25) 대법원 1978.5.9. 선고 77도2192 판결; 대법원 2000.2.25. 선고 99도4542 판결; 대법원 2002.6.20. 선고 2002도807 전원합의체 판결.

26) 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결.

27) <의료법>은 제5조에서 제11조에 이르기까지 의료인이 되기 위한 자격조건·국가시험 및 의료인 면허 등에 관해 규정하고 있다. 동 규정들에 따르면 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사·간호사가 의료인이며(동법 제2조) 보건복지부가 지정고시한 ‘한국보건 의료인 국가시험원’이 주관하는 예비시험과 국가시험 그리고 보건복지부장관이 관장하는 국가적 ‘면허’제도에 의해 이들을 관리한다.

28) 이를 무면허의료행위규율의 ‘신분주의’적 속성으로 설명하는 이상돈, “무면허의료행위죄—현황, 구조, 한계, 대안”, 제161면 이하; 이상돈·김나경, 전제논문, 제49면 참조.

29) 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결.

기 때문에, 법원은 행위자가 피부관리자로서 “인체의 생리구조에 대한 전문 지식이 없”다는 점에 기초하여 해당 행위를 ‘의료행위’로 간주하고 무면허의료행위죄의 책임을 물었다. 이러한 규율의 방식은 기존 의료인의 의료 독점을 강화함으로써 비의료인의 철저한 소외를 가져올 수 있다.

3. ‘의료 영역’ 개념 정의의 법적 구조

무면허의료행위죄 규율을 위한 의료행위의 개념 정의는 의료행위를 행함에 있어 ‘면허의 종별’에 따른 범위를 넘어서지 못하도록 하는 현행법의 규율과 관련해서도 어려움을 겪는다. <의료법>은 양의사와 한의사의 직역교차 금지와 관련하여 제2조 제2항 제1호와 제3호에서 각각 의사는 “의료”를, 한의사는 “한방 의료”를 그 임무로 한다고 규정할 뿐이다. 이와 같은 ‘형식적 규율’의 해석과 관련해서 법원이나 행정부는 물론 ‘양의사’가 전통적으로 한방의료에서 사용되어왔던 수단을 이용한다거나 ‘한의사’가 전통적인 양의학적 수단을 사용하는 경우 ‘좀 더 쉽게’ 해당 행위를 무면허의료행위라 단정 짓게 될 것이다. 하지만, 두 영역에 있어서의 기술적 통합이 일어나거나 ‘치료’를 위해 수단을 교차적으로 사용할 것이 요구되는 상황에서는 종종 영역의 구분에 대한 합리적인 근거지음이 가능하지 않다.

가. ‘학문적 원리’ 표지의 실천적 한계

법원은 두 영역간의 ‘학문적 원리’의 차이를 ‘양방’의료와 ‘한방’의료의 구별 기준으로 제시³¹⁾한다. 하지만, 이러한 기준이 항상 실천적인 힘을 발휘하는 것은 아니다. 예를 들어, 보건복지부는 한의사가 ‘주사침’을 ‘약물의 투여를 통해 화학적 반응을 유도’하는 수단으로 사용하지 않고 한의학의 이론 체계인 경락이나 경혈에 침의 ‘대응’ 수단으로 사용하는 것을 허용한다.³²⁾

30) 이상돈, “무면허의료행위죄”, 제161~162면.

31) 서울행정법원 2008구합11945.

이러한 판단은 한의사의 행위가 양방 의학의 원리에 기초한 것이 아니어야 한다는 법원의 기준에 부합하는 것으로 볼 수 있다. 하지만, 보건복지부는 더 나아가 한의사가 청진기를 사용하여 보다 정확한 진단을 실시한다거나 물리치료기구를 사용하여 물리요법을 시술하는 것도 허용하는데, 이러한 허용의 근거가 문제되는 행위가 양방의료의 원리에 기초하지 않은 것이기 때문이라 말하기는 어렵다.³²⁾

특히, 이와 같은 어려움은 IMS (Intramuscular Stimulation: ‘근육자극에 의한 신경근성 통증치료법’ 또는 ‘근육 내 자극치료’)와 같이 해당 시술의 성격 자체를 확정하기 어렵게 하는 새로운 치료방식의 등장에 의해 더욱 가중된다. 양의사의 IMS 시술행위가 무면허의료행위에 해당하는 것인지 문제되었던 사안에서,³⁴⁾ 제1심법원은 문제되는 의사의 행위가 “IMS 시술행위에 해당하지 않”는다고 함으로써 논증을 ‘회피’하였으며³⁵⁾ 제2심법원은 해당 행위는 IMS 시술에 해당한다고 보았고 더 나아가 IMS 시술은 한의사에 의해 독점적으로 행해져야 하는 것은 아니라고 보았다. 하지만, 제2심법원은 그 논증에 있어서 단지 동 시술은 “의학적 근거, 치료 방법 등에 있어 한방의료행위인 침술행위와 실질적으로 동일하다고 단정하기 어렵”고 “피고(보건복지부장관)도 (….) 원고의 이 사건 시술행위가 실질적으로 한방의료행위인 침술행위에 해당한다고 보았다”는 점만을 이야기함으로써, 동어반복을 하거나 피고의 견해를 판단의 주된 근거로 삼는 ‘논증의 실패’를 범하고 있는 것으로 보인다.³⁶⁾

32) 보건복지부 1987.1.13. 의제 01254-3479.

33) 김나경, “의료의 철학과 법정책”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 2010, 제174~175면.

34) 이 사안의 제1심 판결은 서울행정법원 2005구합111, 제2심판결은 서울고등법원 2006누17298 판결이며, 이 사안에 대한 상고심은 현재 대법원에 계류 중이다 (대법원 2006누17293). 이 사안에서는 우선 문제된 시술행위가 당해 의사가 주장하는 바와 같이 IMS 시술에 해당하는 것인가라는 사실관계의 확정도 문제되었지만, 이 문제는 여기서는 논외로 한다.

35) 제1심법원은 더 나아가 이 사건 의사의 시술행위는 “한의학의 침술행위에 해당한다”고 봄으로써 의사의 무면허의료행위의 책임을 보다 쉽게 물을 수 있는 방향으로 논리를 전개하였다(김나경, 상계논문, 제169~170면).

나. 실정법 규율의 흠결

뿐만 아니라, 경우에 따라서는 실정법의 규율 방식 자체가 영역 구분의 합리성을 담보하지 못하는 것으로 보이기도 한다. 예를 들어, 한의사가 물리치료사 4명을 고용하여 통경락요법, 온경락요법, 부항술 등의 처방을 하고 물리치료사가 이와 같은 의료행위를 하도록 지시하여 환자를 치료한 것이 문제된 사안에 대해 제1심법원은 무죄를 선고하였으나³⁷⁾ 제2심법원은 이 사안에서 물리치료사의 행위는 무면허의료행위에 해당하며 한의사는 무면허의료행위의 교사범에 해당한다고 보았다.³⁸⁾ <의료기사 등에 관한 법률>에 따르면 의료기사는 “의사 또는 치과의사의 지도하에 진료 또는 의학학적 검사에 종사하는 자”(동법 제1조)이므로 의료기사인 물리치료사가 ‘한 의사의 지도’를 받는 행위는 — 문언 그대로 해석한다면 — 동 조항에 위반되는 행위라고 볼 수도 있다. 제2심법원은 바로 이러한 점에 기초하여 — 해당 행위가 실제 물리치료사의 업무범위 내에 있을 수 있는지에 대해 생각할 필요가 있다는 점 그리고 한의사의 전문지식에 비추어보았을 때에 한의사의 업무범위내의 행위에 대한 지시는 항상 당연히 ‘면허받은 이외의 의료행위’에 대한 지시가 되지 않는다는 점을 생각해야 한다는 점에 주목한 제1심법원의 태도와는 달리³⁹⁾ — 한의사에게 무면허의료행위죄의 교사범의 죄책을 물었다. 한방물리치료사의 면허를 따로 인정하거나 한의사가 물리치료사의 일정 업무에 대한 지도나 감독권한을 갖도록 규정하지 않는 실정법 규율의 흠결은 의료행위의 방식의 합리성에 대한 충분한 논증 없는 법해석을 가능하게 하기도 하는 것이다.

36) 이에 대해 자세히는 김나경, 전제논문, 제170~171면 참조.

37) 청주지방법원 2009.11.9.선고 2009고정747 판결.

38) 청주지방법원 2010.2.3.선고 2009노1317 판결.

39) 제1심법원은 특히 물리치료사의 업무범위를 규정하는 <의료기사 등에 관한 법률> 시행령 제2조 제3호를 언급하면서 물리치료사의 업무범위에는 “의사가 지시하는 양방물리치료행위뿐만 아니라 한의사가 수행할 수 있는 한방물리치료행위도 포함된다고 볼 여지가 크다”고 하였다.

III. '의료'의 인문학적·사회학적 이해

이제까지의 논의를 종합해보면, 우선 실정법상 '의료행위'의 개념은 '형식적'으로만 규정되어 있으며, 해석의 차원에서는 이와 같은 의료행위의 개념을 많은 경우 '위험성'이라는 표지에 의해 설명하려 하고 있음을 확인할 수 있다. 그리고 위험성이라는 표지 역시 매우 추상적이어서 종종 행위 주체가 '의료인'인지의 여부에 따라 의료행위인지의 여부에 대한 판단이 좌우되는 경향이 나타남을 볼 수 있다. 이러한 경향은 표면적으로 보면, 문제되는 행위의 위험성이 해당되는 행위를 '의료행위'로 보아야 하는 것인지에 대해 명확한 결정을 내려주기는 어려운 정도인 경우에는 — 즉, 문제되는 행위를 비(非)의료행위로 확정할 수 있는지가 의심스러운 때에는 — 그 행위가 전문적 지식과 능력을 국가적으로 인정받은 의료인에 의해 행해져야 하는 것으로 보는 것으로, '의료소비자'의 건강과 안전에 이익이 되는 것이라 생각할 수도 있다. 또는 문제되는 의료행위가 어떠한 면허를 전제로 행해질 수 있는 것인지가 의심스러운 경우에는 사용되는 '수단'이 어느 영역에서 주로 사용되었던 것인지에 따라 또는 전통적인 '수직적 분업'의 의료관계에서는 어떤 의료인이 보다 상위의 역할을 담당해왔는지에 따라 판단하는 것은, 얼핏 보면 의료소비자의 위험을 최소화하려는 노력으로 보일 수도 있다.

하지만 이러한 해석의 경향이 과연 정당한 것인가. 이에 대해서는 물론, 문제되는 행위를 '의료행위'의 범주에 편입시키는 것은 행위자를 '무면허의료행위죄'라는 형사법적 범죄자로 확정하는 것을 의미하는 것으로 '의심스러운 때에는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 일반 원칙에 부합하지 않는다고 우선 주장해볼 수 있을 것이다. 또는 '의료행위'를 전제로 하는 형사법적 규율이 있음에도 불구하고 의료행위에 대한 개념정의 규정이 없는 것은 형법상 '명확성의 원칙'에 위배되는 것이라는 주장을 해볼 수도 있다.⁴⁰⁾ 하

40) 의료행위에 관해 실질적인 정의규정은 존재하지 않으면서 '무면허 의료행위'와 '부정의료행위'에 대해 엄격한 제재 및 처벌 규정을 마련하고 있는 현행법체계의 규율방식

지만, 이러한 논의에 앞서 무엇보다, 실정법적으로 ‘의료인’의 범위가 매우 한정되어 있으며 각 의료주체가 수행할 수 있는 의료행위의 영역 구분은 매우 경직되어 있는 현실을 볼 때에, 무엇보다도 이러한 해석의 경향이 ‘의료의 본질’에 부합하는 것인가라는 보다 근본적인 물음에 대답할 필요성이 제기된다.

1. 의료의 본질

가. 몸과 삶의 이해로서 의료

인간은 태어나면서부터 죽음을 향해 나아간다. 죽음을 향해가는 동안 — 자연에 의한 재난에서 해충과 미생물의 체내 침투에 이르기까지 — 내·외 부적으로 건강에 대한 위협은 끊임없이 발생하고 또 사라진다. 의료는 바로 이와 같이 지속적으로 등장하는 위협을 극복하거나 또는 이에 적응하고자 하는, 말하자면 자신의 몸을 둘러싼 “자연현상”⁴¹⁾에 대응하는 인간의 행위에서 출발한다고 할 수 있다. 즉, 인류가 시작되면서 의료도 시작된 것이다. 이러한 과정 속에서 의료는 인간에게 단지 ‘통증(pain)’을 물리적으로 제거하는 행위라는 의미만을 지니지 않는다.⁴²⁾ 의료를 통해 환자는 ‘통증’을 넘어서서 총체적인 ‘고통’에 대해 자각하며⁴³⁾ 궁극적으로는 자신의 ‘몸’과 ‘삶’에 대해 이해한다. 그렇기 때문에 의료에 있어 “질병(disease)”에만

은 죄형법정주의의 이념에 어긋날 수 있다는 지적으로는 류지태, 전계논문, 제65~66면; 이와 관련하여 헌법재판소는 ‘한방의료행위’의 개념을 따로 정의내리지 않고 이를 규율하는 <보건범죄단속에 관한 특별조치법> 제5조가 명확성의 원칙에 반하지 않는다는 결정을 내린 바 있으며(헌법재판소 1996.12.26. 선고 93헌바65 결정), 같은 취지에서 동조항의 ‘치과의료행위’ 부분 역시 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 내렸다(헌법재판소 2007.3.29. 선고 2003헌바15 결정).

41) 강신익, 『몸의 역사 몸의 문화』, 휴머니스트, 2007, 제138면.

42) 김나경, 전계논문, 제178면.

43) ‘통증(pain)’과 ‘고통(suffering)’을 개념적으로 구별하는 Andrew M. Knoll, *The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine at the Turn of Twenty-first Century: Filling the Void in Conventional Biomedicine*, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Summer, 2004, 제333면; 이에 기초하여 이상적인 치료는 단지 ‘통증의 제거’가 아니라 ‘고통의 제거’가 아님을 설명하는 김나경, 전계논문, 제178면 참조.

시선이 집중된 나머지 “인간(person)”을 바라보지 못한다면,⁴⁴⁾ 이는 의료의 본질에 어긋나는 것이다. 의학이 —“감성을 잠재웠”던 이성적인 분석에 기초한—‘자연과학’이기도 하지만 “아무런 형태를 갖지 않는 내면의 울림”에도 눈을 돌리는 —‘인문학’이기도 하다는 설명⁴⁵⁾은 바로 이러한 맥락에서이다.

나. 치유의 상호적 주체로서 의료인

뿐만 아니라 이와 같은 이해를 바탕으로 할 때에는 의료인의 역할도 단지 환자의 몸에 대한 권력적인 지배로 이해될 수 없다. 환자가 스스로의 몸과 삶을 이해하도록 하는 조력자로서의 의료인은 환자를 ‘객체화’하는 것이 아니라 환자의 고통에 함께 참여하고 그를 ‘돌봄’으로써 ‘치유(Healing)’에 이르게 하는⁴⁶⁾ 임무를 수행한다. 즉, 의료인은 의료의 과정에서 ‘감정이입’을 통해⁴⁷⁾ 환자의 경험의 세계로 들어가는 대화의 상대방인 것이다. 질병에 대한 환원주의적 분석을 강조하는 근대의학이 탄생하기 이전에는 의사는 환자에게 ‘어디가 아픈 겁니까?(Qu’avez-vous mal?)’라고 묻지 않고 ‘당신의 문제가 무엇입니까?(Qu’avez-vous?)’라고 물었다는 것⁴⁸⁾은 이를 잘 보여준다.

44) 이와 같은 맥락에서, 현대 생의학은 “종종 사람(person)을 바라보기보다 질병(disease)을 바라본다”고 지적하는 Andrew M. Knoll, *The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine*, 제332면 참조.

45) 강신익, 『몸의 역사-의학은 몸을 어떻게 바라보았나』, 살림출판사, 2007, 제10면.

46) 환자의 ‘돌봄(Caring)’과 ‘치유(Healing)’에 대해 이야기하면서 이를 ‘해부학적 혹은 물리적 비정상으로부터의 회복’이라는 생의학적 치료(Curing)와 구별하는 Andrew M. Knoll, *The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine*, 제332~333면 참조.

47) 감정이입을 생명윤리 논의의 맥락에서 설명하는 Hille Haker, *Narrative Bioethik*, Sigrid Graumann / Katrin Grüber (편), *Anerkennung, Ethik und Behinderung*, LIT Verlag, 2005, 제117~118면 참조.

48) 미셸 푸코(홍성민 역), 『임상의학의 탄생』, 이매진, 2006, 제26면.

2. 의료의 과학화와 전문화

그런데 (의)과학의 발달에 따라 다양한 기기와 기술이 발전하면서, 의료는 점점 더 ‘과학화’되어간다. 이와 같은 의료의 과학화는 물론 그 자체가 문제되는 것은 아니다. 다만, 다음과 같이 의료의 개념을 축소하거나 확장함으로써 의료의 본질에서 점점 멀어지게 될 수 있다는 문제점이 있을 수 있다.

가. 의료 개념의 ‘과학적 축소’

(1) 의료 주체의 ‘과학적 축소’

의료의 ‘과학화’되어가면서 의료의 주체는 점점 더 “전문화되고 추상적인 지식의 본질에 대한 장기간의 훈련”⁴⁹⁾을 통해 ‘과학적 지식’을 이해하고 통제할 수 있는 능력을 지닌 특정한 집단으로 한정되어간다. “개인의 경험이 다른 사람에게 응용되기 위해서 (이제는) (과학적) 지식이라는 신비로운 잣대를 통과해야”⁵⁰⁾ 하는 것이다. 특히 이들은 “동료조직”⁵¹⁾을 형성해 나아가함으로써 점차 지식의 독점을 유지하며 면허제도를 통해 독점적 권위를 명시적으로 확보한다. 그리고 이와 같은 집단의 ‘폐쇄성’을 확고히 하려는 경향을 띠게 된다.

의료주체의 전문성이 과학적 지식에 대한 이해와 관리능력과 결합하게 되면 의료 행위의 범위 역시 ‘과학화되고 전문화된’ 의료로 한정된다. 한방 의료가 오랜 전통을 가지고 제도화된 의료로 인정받고 있는 우리나라에서는 상황이 조금 다르지만,⁵²⁾ 이른바 보완·대체의료행위(CAM: Complemen-

49) 윌리엄 코커햄(박호진/김경수/안용항/이윤수 역), 『의료사회학』, 아카넷출판사, 2005, 제334면.

50) 미셸 푸코, 전게서, 제104면(괄호 안은 글쓴이의 첨언임).

51) 조지 M. 포스터, 『의료인류학』, 한울출판사, 2002, 제251면.

52) 물론 우리나라의 경우에도 ‘한의사’ 면허를 지니지 않았지만 침술행위 등의 한방의료행위를 하는 사람들을 보다 광범위하게 ‘의료인’의 범위로 포섭시킬 것인지에 대해 — 특히 최근의 ‘헌법재판소 2010.7.29. 선고 2008헌가19 결정’과 관련하여 — 많은 논란이

tary and Alternative Medicine)를 ‘제도권’ 의료로 편입시킬 것인지 그리고 그 편입의 범위는 어디까지인지에 관해 지속적인 논쟁이 있어온 미국에서는 특히 의사전문가 집단이 의료의 개념을 확정하고 이른바 ‘정통’의료와 ‘비정통’의료를 구분하려는 경향을 강하게 띠어왔다. 이러한 경향은 특히, 미국의사협회(AMA: the American Medical Association)를 주축으로 하는 — 제도화된 의학교육을 이수한 — 의사들에 의해 주도되었다. 이들은 보완·대체의료에 대해 강하게 부정하면서, 자신들 이외의 — 현재 “우위를 점하고 있는(prevaling)”, “생의학적 의료(Biomedical practice)”의 방식에 따르지 않는 — 모든 다른 헬스케어 제공자들을 이단적 집단으로 낙인찍었다.⁵³⁾ 그리고 면허를 부여하고 의료실무를 규율하며 징계절차를 관장하는 매우 강력한 권한을 통해⁵⁴⁾ 보완·대체의료를 치료과정에 도입하는 의사들에 대해서도 제재를 가하려 한다. 이와 같이 ‘근대과학적 지식’을 통해 보완·대체의료행위를 철저히 ‘비(非)-의료적’인 것으로 확정하는 것은 과학적 지식에 입각한 치료의 능력을 통해 “의사에게 의존시키는 권력”⁵⁵⁾을 형성하게 되는 하나의 예이다. 그리고 이러한 과학적 지식을 통해 의료의 범위가 축소된다.

(2) 의료적 관점의 ‘과학적 축소’

‘과학성’이 곧 ‘환자에 대한 위험의 실현가능성’을 표징하는 것이어서 한정된 의료인을 통해 환자의 건강이 관리될 수 있다면 의료의 개념을 전문가 집단에 의해 관리 가능한 범위로 축소하는 것은 문제되지 않을 것이다. 하지만, ‘과학성’에 기초한 의료개념의 구성은 우선은 앞에서 본 것처럼 위험

이루어지고 있다.

53) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act: Does it Adequately Protect the Right of Physicians to Use Complementary and Alternative Medicine?, Saint John's Law Review, 2003, 77, Winter, 제85-86면.

54) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제86면.

55) 조병희, 『질병과 의료의 사회학』, 집문당, 2006, 제44면.

성 자체가 추상적인 개념이듯 그 의미가 항상 과학적인 것과 비과학적인 것을 구분할 수 있을 정도로 명확하다고 이야기하기 어려울 수 있다. 뿐만 아니라, ‘과학성’을 의료의 개념적 표지로 보는 주장에서 말하는 이른바 ‘근대 과학’은 의료의 본질에 비추어볼 때에 의료의 일부를 설명할 수는 있어도 ‘전부’를 설명할 수는 없다는 문제점을 안고 있다.

서구에서 ‘과학적’, ‘근대’ 의학은 청진기, 검안경, 후두경이나 X선 장치 등의 새로운 진단도구를 통해 ‘신체적인 증상을 엄격하고 정밀하게 관찰’하고 이러한 관찰결과들을 전문적인 이론과 지식에 기초하여 해석하면서 정립되어 나아갔다.⁵⁶⁾ 환자의 몸과 환경의 조화가 어떻게 깨졌는지 혹은 인체 내부의 다양한 구성요소들 간에 어떠한 괴리와 충돌이 발생했는지에 관심을 가졌던 ‘내인론’적 치료 방식은 점차 주변적인 것으로 밀려나고, 외부에서 침입한 질병의 원인을 제거하는 외인론적 방식이 점차 ‘근대’ 의학의 주류로 자리잡게 되는 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 방식은 ‘미시적’이고 ‘환원주의적’인 특성을 지니므로 환자의 몸 ‘전체’에 관심을 갖기보다는 질병의 원인이 되는 ‘세포’의 생리현상에 우선 관심을 갖게 된다. 그런데 예를 들어 청진기나 초음파기기와 같은 의료기기의 기술적인 발달은 그 자체가 휴머니즘을 배제하지는 않을지라도 ‘의사들이 휴머니즘을 피하는 것을 허용’해주게 될 수도 있다.⁵⁸⁾ 청진기에 의해 의사는 더 이상 귀를 환자의 가슴에 직접 대지 않게 되고, 초음파기기를 사용하게 됨으로써 의사와 환자 간의 접촉과 교류는 더 줄어들음으로써 의사-환자 간의 정서적 교류에 장애가 일어나게 될 수 있는 것⁵⁹⁾이다.

이러한 점에 비추어 본다면, 근대의 ‘과학적’ 의학이 추구하는 “생의학(Biomedicine)”적 관심⁶⁰⁾에 의해서는 앞에서 언급한 것과 같은 ‘통증’의 제

56) 조병희, 전계서, 제242면.

57) 이러한 ‘내인론’과 ‘외인론’에 대한 설명은 조병희, 전계서, 제44면.

58) A.M. Knoll, The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine, 제345면; 이러한 내용은 김나경, 전계논문, 제184~185면에서 소개한 바 있다.

59) A.M. Knoll, The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine, 제345면.

거라는 목적을 달성할 수는 있을지라도 환자의 ‘고통’의 제거를 통한 ‘치유’라는 목적은 달성하지 못할 수 있다. 이는 달리 말하면, 환자가 누릴 수 있는 의료의 범위가 병리학적 또는 생의학적 관점에서 설명될 수 있는 과학적 의학의 범위로 한정되는 것이라고 할 수 있을 것이다.

나. 행위영역의 ‘과학적 확장’: 질병목록과 의료영역의 확장

다른 한편, 의료가 ‘과학화’ 되면서 ‘의료’의 개념은 점점 더 확장되기도 한다. 의료적 지식을 통해 몸의 변화에 대한 과학적 관리와 통제가 점차 가능하게 됨에 따라 이전에는 생로병사라는 자연적인 과정 중 하나로 여겼던 현상들이 과학적 개입을 통해 다스려진다. 이러한 “일상생활의 의료화”⁶¹⁾라는 변화는 사회체계적 관심에서 보면 ‘의료화’가 자본의 재생산과 직결될 수 있다는 점에 의해 가속화된다. 특히 이와 같이 의료 범위가 과학적으로 확대되는 것은 ‘질병’ 개념을 확장⁶²⁾함으로써 이루어지는 경우가 많다. 예를 들어, 갱년기에 등장하는 증상들은 이전에는 인간의 노화와 더불어 등장하는 자연적 현상이라 생각되었지만 수십 년 전부터는 호르몬을 통해 치료되어야 하는 질병으로 규정되어왔다.⁶³⁾ 그리고 이전에는 개인의 신체적인 특성 중 하나로 받아들여졌던 ‘비만’을 현대 사회에서는 질병으로 규정하면서 비만클리닉 등을 통해 이를 진단하고 약물 등의 처방을 내리기도 하며, 더 나아가서는 ‘학습장애’와 같은 현상을 신경정신과적 지식에 기초하여 질병으로 진단하고 일정한 치료를 행하기도 한다. 이와 같은 의료개념의 확장을 더욱 가속화하는 것은 ‘새로운 기술’의 도입이다. 피부과 치료에

60) 근대적 과학은 몸에 대해 ‘생물학적으로 이해’하며 이를 기반으로 산업사회에서 발전한 의학의 형태가 “생의학(Biomedicine)”이라 설명하는 강신익, 『앓과 삶으로서의 몸: 동·서 의학에서 바라본 몸』, 제57면 참조.

61) 조병희, 전계서, 제47면.

62) 의과학이 “학문체계를 위해 의학적 지식을 끊임없이 재생산”해내며 이를 통해 질병과 치료의 목록이 확대되어가는 현상이 등장한다는 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 제115면 참조.

63) 조병희, 전계서, 제46면.

서는 새로운 레이저 기기나 의약품의 발전에 힘입어 여드름이나 피부주름을 종전과는 다른 방식으로 관리한다. 이를 통해 '의료'는 이전에는 의료에 결코 포함될 수 없을 것으로 생각했던 '미용'으로까지 점차 그 영역을 확장해 나아간다. 그리고 이러한 영역의 확장은, 앞에서 보았던 것처럼, 위험성의 여부에 의해서 의료와 미용이 분명하게 구별되기 어려운 경우 이를 의료로 규정짓는 경향성에 의해 해당 영역에 대한 의료적 지배를 강화한다. 정리해보면, 의과학적 지식의 범위가 확대되고 기술의 발전이 이루어지면서 그 적용범위가 확대됨으로써, 의료 개념의 '과학적 확장'이 이루어지고 있는 것이다.

다. '한정된' 주체의 '확장된' 의료

이상에서 본 것과 같이 '과학성'으로 무장된 의료는 다시금 — 지식과 자본이 끊임없이 스스로 그 정당성의 기반을 키워 나아감으로써 확장을 거듭한다는 논리⁶⁴⁾에 기반해 — 의료의 영역을 확장해 나아간다. 물론 의료영역의 확장이 그 자체로 항상 문제가 되는 것은 아니다. 하지만 이는 앞에서 보았던 것처럼 의료직이 점점 '전문화'되고 '의료'를 바라보는 관점을 '과학적'으로 축소하는 현상과 결합하면서, 의료의 기능적 효율성을 떨어뜨린다. 우선, 과학적 지식을 갖춘 '소수의' 의료전문가 집단은 그 영역을 점차 확장함과 동시에 그 영역에 대한 독점적 지배력을 빼앗기지 않으려는 경향을 보이기 쉽고 독점적 집단에 속하지 않은 다른 의료적 서비스의 제공자들과의 기능적 분업에 대해서도 경직된 태도를 보이기 쉽기 때문이다. 이는 의료소비자에게는 다양한 의료적 서비스에 대한 접근을 어렵게 하는 요인이 될 수 있다. 뿐만 아니라 '과학적' 의료의 확대됨으로써 의료에 대한 관점이 과

64) 이에 대해서는 개별적인 사회체계는 그 분화의 과정 속에서 내부적으로 "자기준거성 (Selbstreferenz)"을 확보해 나아가는 경향을 보인다는 N. Luhmann, *Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, 1987, 제24면 이하 참조; 이와 관련하여, 의과학이 의학적 지식 그 자체를 위해 지식의 재생산을 도모한다고 설명하는 이상돈, "의료 개념의 법사회학적 구성", 제115면 참조.

학화되면, 과학으로 설명되지 않는 다른 의료적인 행위들은 ‘비의료적’일 뿐만 아니라 허용될 수 없는 것으로 분류되면서 그 범위가 축소될 수도 있다. 이러한 현상은 한의학이 제도권 의학으로 편입되어 있는 우리나라와 같은 경우에는 다른 차원으로 전개될 수 있다. 예를 들어, 양의학과 한의학의 철저한 분리가 이루어지고 직역간의 교차가 허용되지 않음으로써 두 원리를 결합한 형태의 진료를 두고 직역 간의 다툼이 벌어지거나 그러한 의료기술의 발전이 더디어질 수 있다. 특히 의료인의 범위가 —앞에서 설명했던 것처럼— 협소한 상황에서는 과학적으로는 입증되기 어렵지만 임상적 효과가 인정되는 기술의 전통을 전수받아온 시술자들로부터 폭넓은 의료서비스를 제공받을 수 있는 가능성이 줄어들 수 있다. 결국, ‘과학적으로 축소된’ 관점을 지니는 ‘한정된’ 주체가 의료를 ‘과학적으로 확장’해 나아감으로써, 본질적으로는 다층적인 의료의 본질이 왜곡되며 환자가 ‘치유’에 이르기 어려워질 수도 있는 것이다.

IV. ‘의료행위’의 법적 규율

1. 의료 ‘본질’의 인식

가. 과학적 합리성의 우위

이상의 논의에 비추어보면, 항목 II에서 등장하는 현행법의 규율과 해석에서 드러나는 특징과 문제점들은 항목 III.2에서 설명한 의료의 ‘과학화’와 동일한 맥락에서 발생함을 확인할 수 있다. 또는 항목 III.2에서 등장한 문제점들은 항목 II에서 보았던 의료행위에 대한 현행법의 규율과 해석의 현실에 의해 그 무게가 더욱 가중된다고 볼 수 있다. ‘과학화’에 따라 한정된 주체가 확장된 의료 영역을 독점적으로 지배하려는 현상은, 의료인의 범위를 협소하게 인정하는 법규정과 무면허의료행위의 판단에 있어서 주체에

의존하는 판례의 태도에 의해 공고화될 수 있다. 그리고 — 일정한 기준에 따른 협동적 진료나 복수의료기관의 개설이 인정된다는 점을 논외로 한다면 — 서로 다른 지역의 의료에 있어서 영역간의 교차를 엄격히 금지할 뿐만 아니라 적합성을 결여하고 있는 현행 법규정과 이에 기초한 법원의 법해석 역시 의료의 다원성을 확보하고 환자의 선택권을 충분히 인정하기 어렵게 만든다. 결국 이와 같은 법현실은 법이 의료를 본질적 왜곡으로부터 보호하는 역할을 충분히 하지 못하고 있음을 드러낸다.

나. 법적 정당성의 확보: ‘전인적’ 관점의 인식

과학적 근대의학의 성장이 가져온 변화의 부정적 측면을 극복하려는 움직임은 이미 일어나고 있다. 이러한 움직임은 우선은 ‘과학적’ 의료뿐만 아니라 과학적으로 입증되지 않은 의료에도 시선을 돌려야 한다는, 즉 근대 의학이 몸에 대해 인식하는 유일한 방법이 아니라 ‘하나의’ 답론이라는 인식의 변화를 통해 일어난다. 이러한 패러다임의 변화를 분명히 보여주는 것은 특히 대중적 치료에 기반한 의료(allopathic medicine)가 주류적 의료로 자리 잡고 있는 가운데 보완·대체의료가 성장을 거듭하면서 양자 사이에 오랫동안 갈등이 지속되었던 미국에서 일어난 변화들이다. 미국에서 보완·대체의학은 특히 1990년대 초부터 의료소비자들의 폭발적인 관심을 받기 시작하였는데 1993년 영국의 한 저널(New England Journal of Medicine)에 발표된 연구결과에 따르면 미국인들이 보완·대체의료제공자들에게 지출한 비용은 헬스케어에 지출한 총비용의 40%를 넘는다.⁶⁵⁾ 뿐만 아니라 의사들은 헬스케어를 함에 있어서 환자에 대해 좀더 “전인적(holistic)”인 접근방식을 취할 필요성을 인지해 나아가면서, 그동안의 주류적 치료방식이 갖는 한계와 부작용들을 보완·대체의료를 통해 보완해 나아가려는 시도를 하기 시작했다.⁶⁶⁾ 이러한 분위기 속에서 국립보건원(NIH)

65) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제75면.

에는 1992년 보완·대체의학센터(NCCAM: the National Center for Complementary and Alternative Medicine)가 설치되어 국가적인 차원에서 보완·대체의학에 대한 연구가 이루어지기 시작했으며, 많은 주(州)들은 침술이나 카이로프랙틱 등 몇몇 보완·대체의료행위들에 대한 교육과 면허 제도를 통해 그 정당성에 대한 국가적인 차원에서의 인정 기준을 마련하였다.⁶⁷⁾ 뿐만 아니라, 과학적 차원 이외의 다른 차원에서의 치료방식에 대한 환자들의 관심이 증가하는 것은 특히 ‘생의학적’ 치료만으로는 효과를 보기 어려울 때가 종종 있는 만성적 질환 환자들의 경우이다. 이들에 대한 치료의 과정에서 예를 들어 어린 시절의 심리적인 트라우마가 발병률을 높이는 질환도 있다는 점 등에 대한 인식이 있게 되면서⁶⁸⁾ 환자의 치료가 ‘전인적’ 관점에서 이루어져야 한다는 점에 대한 자각이 성장하게 된다.⁶⁹⁾ 이러한 인식과 현상의 변화는 무엇보다도 의료에서 법의 정당성은 이러한 ‘전인적’ 관점을 재인식하면서 환자가 최선의 치료 또는 앞서 말한 바와 같은 ‘치유’라는 목적에 도달할 수 있는 ‘의료적 합리성’을 확보하는 데에 있다는 점을 시사한다. 즉, 법은 한편으로는 의과학의 발전을 도모하는 동시에 다른 한편으로는 ‘과학화’로 인해 ‘한정된 주체가 확장된 의료’를 지배하는 현상이 불러일으키는 부작용에 대한 방어막의 역할을 해줄 필요가 있다. 이를 통해 다차원적인 치료의 가능성이 확보됨으로써 궁극적으로는 환자가 자신의 몸과 삶을 이해하는 소통과 해석의 공간이 더 확대될 수 있을 것⁷⁰⁾이다.

66) Betty F. Lay, Healer-Patient Privilege: Extending the Physician-Patient Privilege to Allternative Health Practitioners in California, *Hastings Law Journal*, 48, 1997, 제635면.

67) Barbara L. Atwell, Mainstreaming Complementary and Alternative Medicine in the face of Uncertainty, *UMKC Law Review*, 72, 2004, Spring, 제594면.

68) 그러한 예로는 A.M.Knoll, *The Reawakening and Alternative Medicine*, 제357면.

69) 이러한 설명은 김나경, 전계논문, 제186면 참조.

70) 김나경, 전계논문, 제189면.

2. 법정책의 방향 모색

그렇다면 이상의 논의에서 드러났던 문제들을 최소화하고 과학화의 부작용에 대한 방어막의 역할을 할 수 있기 위해서는 범규율이 어떻게 변화해야 하는 것인가. 앞에서 언급했던 문제점들에 비추어본다면 이러한 변화는 크게 의료 ‘주체’와 의료 ‘영역’이라는 두 가지의 차원에서 이루어질 필요가 있다.

가. 의료 주체의 문제

첫 번째, 의료의 ‘전문성’을 ‘과학적 지식과 기술의 이해와 수행능력’에 한정하지 않고 더 나아가 종종 1차적인 진료의 다음단계에서 이루어지는 — 예를 들어 카이로프랙틱이나 물리치료 등과 같은 — 개별적인 행위들을 수행하는 전문적 의료인의 범위를 확장하는 방안을 모색할 필요가 있다.

(1) ‘위험성’ 해석의 필연성

의료행위에 대한 법적인 개념 정의는 — 의료의 다양한 형태와 임상성에 비추어볼 때에 — 그 자체로서 일정한 추상성을 띠 수밖에 없다. 특히 의료 기술이 지속적으로 발전한다는 점을 감안한다면 구체적인 의료행위의 모든 형태를 일일이 열거하는 것은 입법기술상 가능하지 않다. 그렇다면, 의료행위에 대한 법적 판단에 있어서는 ‘위험성’이라는 표지에 대한 유권적인 해석이 — 어떤 범위에서든 — 있을 수밖에 없다. 의료행위 개념을 법제화하려는 시도가 많은 논의를 거친 끝에 결국 현재 판례에서 이야기하는 바와 유사한 — 의료 ‘주체’와 ‘위험성’이라는 — 개념표지들을 담는 방식으로 귀결되었던 예⁷¹⁾ 그리고 의료행위의 개념을 규정하더라도 현행법의 해석론을 넘어서는 보다 구체적인 실정법적 개념정의를 찾아보기 힘든 외국의 입법

71) 지난 2007년 의료법의 전면개정과 관련하여 이루어진 이러한 논의에 대해서는 광명섭, 전개논문, 특히 제70면 이하 참조. 물론, 현재의 의료법 규정들이 보여주듯 결국 의료행위에 대한 정의규정이 신설되지는 않았다.

례⁷²⁾는 이를 잘 설명해준다.

(2) 의료 ‘주체’의 확장

바로 이러한 점에서 ‘위험성’에 대한 해석이 의료의 주체에 의존하게 되더라도 의료의 본질이 왜곡되지 않을 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 여기서 생각해볼 수 있는 것은 법적으로 인정되는 의료 주체의 다양성을 확보함으로써 다양한 방식의 의료행위가 소수의 한정된 의료인에 의해 행해지지 않더라도 해당 행위의 합법성을 인정받을 수 있는 길을 열어놓는 것이다.

현행법상 의료행위의 주체는 의사, 한의사, 치과의사, 간호사, 조산사로 국한되어 있다. 다만 “의료유사업자 등”이 일정한 행위를 수행할 수 있도록 하거나(의료법 제81조) 간호조무사나 의료기사 등이 부분적으로 또는 의료인의 감독이나 지도하에 일정한 행위를 수행할 수 있도록 함으로써(의료법 제80조 및 의료기사 등에 관한 법률 참조) 부분적으로 의료행위를 수행할 수 있는 주체의 범위가 확장되어 있을 뿐이다.⁷³⁾ 이러한 규정들이 실질적으로 환자의 ‘치유’의 가능성과 치료과정의 효율성을 보장해줄 수 있기 위해서는, 의료행위를 수행할 수 있는 주체들의 다양성을 더 많이 확보하고 법률의 근거규정이 있는 경우에는 그 운용을 실질화할 필요가 있다. 덧붙여, 여기서 다양한 의료주체를 인정하는 것이 항상 그들에게 독자적인 업무수행의 가능성을 보장해주어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 이들은 기존의 의료인들과 다양한 방식으로 관계를 맺음으로써 때로는 독립적으로 때로는 상위 의료인들의 관리나 감독하에 그리고 또 어떤 경우에는 수평적인 업무분담을 통해 의료행위를 수행해야 할 것이다. 개별적인 행위수행 방식의 문제는 다음 항목 IV.2.나.에서 다루는 ‘의료의 영역 설정’ 문제이기도 하다.

72) 외국에서의 의료행위 개념의 입법에 대해서는 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 2007, 제28면 이하 참조.

73) 더 나아가 일정한 유사의료업자의 자격이나 요건 등에 대해서는 법률로 다시 정하지 않아 이들의 의료행위 수행이 가능하도록 한 규정은 실질적으로는 사문화되어 있다. 이와 관련해서는 헌법재판소 2010.7.29. 선고 2008헌가19 결정 참조.

나. 합리적 전문화

여기서 의료의 주체를 확장하고 이를 제도적으로 보장함에 있어 잊지 말아야 할 것은 해당 주체가 수행하는 행위의 ‘전문성’을 확보하는 합리적 장치가 함께 마련되어야 한다는 점이다. ‘전문성’을 확보함에 있어서는 한편으로는 ‘특정주체의 의료독점’이 불러일으킬 수 있는 폐해를 최소화하면서도 다른 한편으로는 ‘위험성’을 관리함으로써 의료의 질을 통제할 수 있어야 한다.

(1) 치료효과에의 관심

보완·대체의료행위를 두고 이루어지는 법규정의 해석과 입법정책에 대한 미국의 논의에서는, 이를 제공하는 자들이 ‘대증적’ 의료수행이라는 종래의 “보편적 치료기준(the usual standard of care)⁷⁴⁾”에서 벗어났다는 이유만으로 “환자들에게 (실제로) 해(harm)가 발생되었는지와는 상관없이” 종종 고소되거나 처벌되어온 현실⁷⁵⁾의 부당성이 지적되어왔다. 이러한 고소나 처벌의 부당성을 해결하기 위해 우선 관심을 두어야 하는 것은 과학적 의료와 다른 방식으로 이루어지는 보완대체의료행위가 갖는 “치료의 효용성(effectiveness)”이다. 미국에서의 비정통(unconventional) 의료에 대한 법적 판단의 공정성을 담보하기 위해 1994년 제정된 대체의료법(The Alternative Medical Practice Act: AMPA)은 “정당한 비정통 의료행위(legitimate nonconventional medical treatments)”를 허용하는 것이 갖는 중요성을 인식했다.⁷⁶⁾ 입법의 과정에서 “정당한” 비정통 의료란 “인간의

74) Gonzalez v. New York State Department of Health (232 A.D. 2d 886, 648 N.Y.S. 2d 827) 사안에서 법원은 암이 상당한 정도로 진행되었고 전통적인 치료방식으로는 더 이상 치료될 수 없거나 더 이상 그러한 치료는 거부하는 환자에게 대해 의사는 “보편적인 치료기준”에 따라 치료할 의무가 있다고 보았다. 하지만 “그 환자가 해를 입었는지의 여부, 그리고 누가 의사를 고소했는지에 대해서는 언급하지 않았다”(Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제81면.

75) Kristen J. Josefek, Alternative Medicine’s Roadmap to Mainstream, American Journal of Law and Medicine, 26, 2000, 제301면; Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제81면.

76) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제101면.

질병, 고통, 상해, 기형 혹은 신체적 상태를 *효과적으로* 다루는 것”으로 이해되었는데⁷⁷⁾ 이와 같은 개념정의는 ‘근대과학적인 방식만으로는 입증될 수는 없는’ 행위들이 갖는 임상적 효과에 대해 법적으로 인정하는 태도를 전제로 한다. 이러한 논의가 미국의 보완대체의료행위가 한의학에 의해 상당 부분 제도권 의료로 편입되어 있는 우리나라의 논의에 있어서 시사하는 바는 무엇보다도, 다양한 의료적 행위를 의료행위의 영역으로 포함시키는 경우 우선은 해당 행위의 임상적인 치료효과가 비-과학적 차원에서 또 다른 의료의 ‘전문성’에 대한 인정근거가 될 수 있다는 점이다. 예를 들어, 2,000건이 넘는 과학적인 실험을 했지만 실제 그 효과가 인정된 것은 몇 가지 증상에 국한될 뿐이라는 연구결과가 있는 침술의 경우에도, ‘임상경험에 의한 효과’를 부정할 수 없기 때문에 상당수의 서구 의사들도 이를 의료로 인정하는 것처럼 말이다. 뿐만 아니라 이러한 ‘치료효과에 대한 관심’은 경우에 따라서는 의료적 행위에 대한 규율은 전문성을 지닌 주체에 의해 이루어졌느냐에 의해서 뿐만 아니라 환자에 대해 “입증될 수 있는 신체적 해(demonstrable physical harm)”⁷⁸⁾가 실제로 존재했었는가라는 보다 ‘일반적이고 보편적인’ 형사법의 원칙들을 작동시킬 필요성이 있음을 시사하는 것이기도 하다.

(2) ‘경험’과 ‘전통’에 입각한 판단

치료의 효용성을 판단함에 있어 합리성을 도모하는 방안에 대한 미국의 논의에서는 특히 동료평가시스템(Peer Review System)을 제도화하고 그 운용을 실질화할 필요성이 강조되어왔다. 이 시스템의 의의는 무엇보다도 해당 행위의 수행이 문제되었을 때에 단지 기존의 과학적 의료에 입각한 정통의료인이 당해 행위에 대해 부과되는 책임과 처벌의 타당성과 적절성을 판단하는 것이 아니라, 해당 행위의 실질적인 시술방식을 ‘가장 잘 판단할

77) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제101면(강조는 글쓴이).

78) Kristen J. Josefek, Alternative Medicine’s Roadmap to Mainstream, 제302면.

수 있는 능력을 갖춘(best qualified)' 사람들에 의해 문제되는 행위에 대한 공정한 판단이 이루어지도록 하자는 것⁷⁹⁾이다. 이러한 시스템을 갖추기 위한 입법은 뉴욕 주를 비롯한 여러 주에서 이루어졌으며 앞서 언급했던 AMPA는 특히 비정통의료인의 동료평가시스템에서의 참여방식에 대한 국민의 결과물이기도 하다.⁸⁰⁾ 물론, 동료평가시스템은 무엇보다도 특정한 의료(적) 면허나 자격의 정지나 취소 등에 관한 법적 판단에 있어서 해당 영역의 의료인에 의한 평가가 이루어지도록 하는 취지라는 점에서, '해당 행위' 자체의 성격을 의료로 규정지을 것인가와는 다른 차원의 논의일 수 있다. 하지만, 이러한 논의는 개별적인 행위의 의료적 '전문성'이 인정될 수 있는지는 해당 행위가 이루어져 온 '임상적인 경험과 전통'에 입각하여 판단되어야지 단지 과학적인 시각에 국한되어서는 안 된다는 점을 말해준다. 이러한 '시각의 다양화'는 전문성에 대한 최종적인 결정이나 해당 행위의 유효성에 대한 판단이 특히 해당 행위에 대한 축적된 경험적 지식을 지니지 않는 사람들에 의해 주도되어서는 안 된다는 점을 의미하기도 한다. 이러한 취지에서 AMPA의 규율은 문제되는 행위의 '효용성' 판단에 있어서도 해당 행위의 전문가의 증언이나 경험적 데이터, 그리고 환자의 보고 등을 통해 입증하도록 하는 과정을 다른 법적 판단에 앞서 우선적으로 보장하는 것으로도 이해해야 한다고 주장하기도 한다.⁸¹⁾ 미국에서 비정통의료를 행한 의료인이 비정통치료의 효용성을 입증하기 위해 제출한 해당분야 전문가의 증거가 법적 판단의 근거자료에서 제외되었음을 이유로 (의료인 면허에 대한 조치를 취한) 행정관청에게 과실이 있음을 주장한 사안⁸²⁾에서 법원은 — AMPA가 제정된 이후였음에도 — 당해 의료인의 면허 취소가 문제없다고 보았다. 하지만 이 사안에서 법원은 동시에 문제되는 행위의 유효성에 대한 증언을 한 의료인이 "그들의 해당 분야에 있어서 매우 존경받는 전문

79) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제87면.

80) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제95-96면

81) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제105면.

82) Gonzalez v. N.Y. State Department of Health, 232 A.D. 3d 886, 648 N.Y.S. 3d 827.

가”였다는 점은 인정하였는데,⁸³⁾ 이는 법원이 — AMPA가 제정된 지 얼마 안 된 상황에서 동료 평가의 적용범위를 확장하는 것에 대해서는 여전히 주저하고 있지만 — 비과학적 방식의 치료가 갖는 ‘경험’과 ‘전통’을 인정함을 스스로 보여주는 것이라고도 볼 수 있다. 덧붙여, 이 사안과 관련하여 결국 법원이 공중보건법(Public Health Law) 제230조에서의 ‘환자에 대한 임박한 위험(imminent danger to the health of the people)’이라는 요건을 검토하지 않는 것이라는 지적⁸⁴⁾은, ‘경험’과 ‘전통’에 대한 존중은 앞에서 설명한 치료효과에 대한 관심을 제고할 필요성을 이야기하면서 동시에 의료적 행위에 대한 허용여부에 대한 판단은 환자의 건강에 대한 관심으로부터 출발하는 것, 즉 ‘환자지향적’인 것이어야 한다는 점을 말해주는 것이기도 하다. ‘경험’과 ‘전통’에도 충분한 관심을 기울이는 방식으로 이루어지는 전문화는 더 나아가 의료생활세계에서 지속적으로 새로운 치료의 방식에 대한 개발을 촉진하는 다양한 그룹들이 종국적으로는 — 국가 행정권력에 의해 자격과 면허제도의 전적인 관리를 받는 것이 아니라 — 자격과 면허의 관리에 있어서 개별 전문가 집단의 자율성을 확보할 수 있는 방안을 생각해 볼 필요가 있음을 이야기하는 것이기도 하다. 보다 세부적인 입법방안에 대해서는 물론 더 많은 연구가 필요할 것이다.

다. 영역설정의 합리성 문제

두 번째로 생각해보아야 할 것은 지역 간의 교차나 지역의 통합을 좀 더 광범위하게 인정하거나 의료인들 간에 의료행위를 협동적으로 수행하는 다양한 형태를 인정함으로써 의료의 영역설정에 있어 ‘유연성’을 확보하고 환자의 최선의 치료가 가능할 수 있는 법정책의 방향이다. 법은 한편으로는 (특히 양방의료와 한방의료 간의) 지역의 교차와 통합을 인정할 필요가 있

83) 이를 주지해야 한다는 것에 대해서는 Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제105면(특히 각주 201번).

84) Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act, 제111면.

으며 다른 한편으로는 다양한 의료주체들이 치유의 과정 속에서 협력하는 다양한 방식을 인정할 필요가 있다.

우선, 지역의 통합과 관련해서는 서구식의 근대의료와 한방의료가 지속적으로 충돌했고 한방의료는 여전히 주변적으로 인식되어왔던 우리나라에서도 점진적으로 양자 간의 협력을 증진하는 법제도의 개선이 이루어지고 있음에 주목할 필요가 있다. 헌법재판소는 2007년 양방과 한방의료 면허를 모두 지니는 복수면허 의료인의 경우에도 복수 의료기관의 개설이 금지되어 있었던 종래의 의료법 조항이 불합리하다는 결정을 내렸고,⁸⁵⁾ 이에 기초해 의료법이 개정됨에 따라 현재 복수면허의료인의 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있게 됨으로써 동일한 의료인에 의한 양·한방의 통합적 진료가 가능해지게 되었다. 이러한 변화는 양방의료가 갖는 한계를 인식하고 환자의 '다차원적'인 치료를 도모하거나 한방의료의 한계를 과학적 양방의료를 통해 극복하려는 움직임에서 비롯된 것이다.

양방의료와 한방의료 간의 통합은 각 영역에 대한 보편적인 이해, 그리고 통합에 대한 인식의 변화 정도를 고려하면서 단계적으로 이루어져야 할 것이다.⁸⁶⁾ 최종적인 단계의 통합으로 생각할 수 있는 것은 아마도 양방의료와 한방의료의 통합적 교육 그리고 이러한 교육과정을 이수한 의료인에 의한 통합적 진료일 것이다. 하지만, 면허의 통합을 전제하는 이러한 변화는 두 영역이 오랜 세월동안 분리되어왔고 많은 경우 서로에 대해 배타적인 태도를 보여 왔던 현실을 두고 볼 때에 — 엄청난 반발을 불러일으킬 수 있는 — 혁명적 성격을 지닌다. 뿐만 아니라 이러한 통합은 오히려 각각의 의료영역이 지니는 고유한 치료의 원리 그 자체가 훼손되지 않으면서 이제까

85) 헌법재판소 2007.12.27.선고 2004헌마1021 결정.

86) 아래에서 설명하는 통합에 대한 방안들은 김나경, 전개논문, 제190면에서 처음 제시했다. 여기서는 상기 논문에서 제시된 내용을 기본적인 토대로 삼으면서 앞서 이루어진 이론적 논의와 학회발표를 통해 발전된 생각을 덧입혀 그 내용을 수정·보완하는 동시에 이를 더 확대·발전시켰음을 주지해둔다.

지와 같은 세부적인 분과의 발전이 이루어질 수 있을 것을 기대하기 어렵게 만들 수도 있다. 두 영역이 각각 고유한 정체성을 확실히 확립하고 있지 않는 한 오히려 통합은 어느 한 영역에 의한 다른 영역의 흡수에 불과하게 될 가능성이 높다. 더 나아가 '의료소비자의 관점에서' 지향되어야 하는 '치유'에 대한 충분한 이해가 전제되지 않는다면, 통합이 단지 각 직역의 면허에 기반해 허용되는 행위의 범위를 확장하려는 힘의 다툼만이 일어날 수도 있을 것⁸⁷⁾이다.⁸⁸⁾

그렇다면 아직까지 '치유'에 대한 인식이 충분히 성장하지 않은 상황에서 개별적인 영역이 전통적으로 일구어낸 치료의 원리들이 충분히 발전될 수 있게 하기 위해서는 통합은 우선 양방의료와 한방의료 간의 협동적인 진료가 좀 더 원활하고 보편적으로 이루어지도록 하는 방식으로 이루어질 필요가 있을 것이다. 이러한 협동적인 진료는 몇몇 대형 병원들을 중심으로 이루어지기 시작하면서 점차 그 밖의 병원들과 의원으로까지 확대되고 있는 것으로 보인다. 예를 들어 한의사가 중심이 되어 병원을 운영하되 양의사들에 의한 검진이 이루어지는 한·양방 또는 양·한방 검진센터를 함께 운영하기도 하며 한방병원 내에 알레르기의 치료에 있어 과학적인 대중요법을 함께 병행하는 클리닉을 개설하기도 한다. 또는 양의사와 한의사가 함께 요양병원을 운영하면서 환자의 편익에 지향된 다양한 진료를 제공하기도 한다. 이러한 진료는 진단 및 검진 그리고 후속하는 다양한 의료 행위들로 구성되는 의료행위의 전체 시퀀스 속에서 각각의 진단이나 치료행위들을 발전시켜온 해당 영역의 전문가들에 의한 단계적인 치료가 이루어지는 방

87) 약사의 한약조제권을 제한했던 1994년 약사법 개정과 뒤이은 헌법재판소의 결정(1997.11.27. 선고 97헌바10 결정)에 의해 가속화되었던 약사의 한약조제권에 대한 논란 및 이후의 입법적 변화들을 보면, 당시 제기되었던 직역 간의 부분적인 통합에 대한 주장이 해당 영역의 고유성을 보존하는 동시에 환자의 보다 나은 치유에 대한 진지한 고민을 전제하는 것이었는지에 대한 명확한 답을 내리기 어려울 것이다.

88) 특히 이 논문의 기초가 된 2010년 대한의료법학회 추계학술대회에서 있었던 종합토론에서의 신현호 변호사의 토론은 성급한 통합이 불러일으킬 수 있는 이와 같은 현실적인 문제점에 대해 재인식하는 계기가 되었음을 밝혀둔다.

식으로 구성될 것이다. 이러한 협동적인 진료에서 중요한 것은 특히 개별 전문가들 간의 지속적인 ‘소통’이다. 그러한 소통의 부재는 오히려 환자에게 공간적 이동만을 요청하는 결과가 되거나 다중적 진료라는 부담을 지우게 되는 부작용이 일어나도록 할 수 있기 때문이다. 아울러, 이러한 방식의 협동적 진료는 IMS 기술에서와 같이 ‘기기와 시술방식 자체에 있어서의’ 통합이 이루어짐으로써 주체의 확정이 어려워지는 상황에서는 여전히 한계를 지니는 통합의 방식임을 간과할 수는 없다. 이러한 경우에는 해당시술이 실제 의료생활세계에서 통용되는 방식 그리고 실제 의료소비자들이 해당 행위를 이해하고 수용하는 방식, 위험성에 대한 개별 전문가들의 분석에 기초하여 우선 두 영역 모두에서 해당 시술을 허용하거나 혹은 하나의 영역에서 이루어져야 한다는 판단을 내릴 수 있을 것이다. 특히, 이러한 시술에 대한 논란이 일어날 경우 이는 좀더 공론화됨으로써 의료소비자에게 해당 영역의 고유한 원리에 대한 충분한 이해가 있고 합리적 여론이 형성될 수 있도록 할 필요가 있다.⁸⁹⁾ 뿐만 아니라 법정책과 해석은 결코 고정될 것이 아니라 향후 환자에 대한 치료효과와 해당 기전에 대한 임상적 경험이 축적됨으로써 항상 변화할 수 있는 것임을 잊어서는 안 된다.

다음으로, 다양한 행위 주체의 인정을 통해서도 각각의 영역에서 수행할 수 있는 의료행위의 범위가 확대되며 치료의 효율성을 도모할 수 있다는 점도 입법정책의 변화를 위해 고려할 필요가 있을 것이다. 고유한 직역이 여전히 존재한다고 할지라도, 보다 상위 의료인의 관리·감독이 있다면 안전성을 담보할 수 있는 의료기기의 사용이나 특정행위의 수행에 있어서는 이에 대한 전문적 능력을 지닌 의료주체들에 대한 교육과 면허·자격 제도를 두며 이들은 영역을 교차하여 의료행위를 수행할 수 있도록 할 수 있는 것

89) 이는 말하자면 — 해당 행위의 위험성에 대한 관리가 담보되는 한에서는 — ‘의심스러울 때에는 환자의 이익으로’와 같은 원칙이 작동한다고 봄으로써, 우선은 해당 행위에 대한 의료생활세계에서의 자율적인 해결을 우선해보는 것도, 경직된 법해석으로 인한 폐해를 줄일 수 있는 방안이 될 수 있을 것이라 보는 것이다. 이러한 원칙은 김나경, 전 계논문, 제191~192면에서 제시한 바 있다.

이다. 특히 이는, 앞에서 언급했었던 바와 같이, 한의사가 직접 물리치료행위를 하는 것은 합법적이지만 ‘물리치료사’를 고용하여 자신의 지도하에 물리치료행위를 하도록 하는 것은 불법이라고 보는⁹⁰⁾ 법해석의 문제점 또는 입법의 흠결을 시정할 수 있는 방안이 될 것이다. 더 나아가, 예를 들어 미용과 의료의 영역이 점차 많은 부분 중첩되는 피부과 진료와 같은 경우에는, ‘수직적인 분업’의 논리에 따라 특정한 의약품의 사용이 항상 의사의 기술을 요한다고만 할 것이 아니라, 의사의 관리감독이 있다면 피부미용사의 의약품 사용도 일정 부분 허용해주는 장치를 마련하는 방안⁹¹⁾도 환자지향적인 방식으로 의료의 기능적 효용성을 높일 수 있는 한 방법이 될 수 있을 것이다.

주제어 : 의료 개념, 무면허 의료행위, 의료 영역, 의료의 본질

90) 청주지방법원 2009노1317 판결.

91) 이러한 방안은 이른바 ‘협동적 분업’의 형태를 인정함으로써 의료의 기능성을 도모하자는 이상돈, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 제136~137면에서 제시된 것이다.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 강신익, 『몸의 역사 몸의 문화』, 휴머니스트, 2007.
- _____, 『몸의 역사-의학은 몸을 어떻게 바라보았나』, 살림출판사, 2007.
- _____, 『앓과 삶으로서의 몸: 동·서 의학에서 바라본 몸』.
- 곽명섭, “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호.
- 김나경, “의료의 철학과 법정책”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 2010.
- 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제39권, 2002.
- 미셸 푸코(홍성민 역), 『임상의학의 탄생』, 이매진, 2006.
- 신현호, “<의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰>에 대한 토론문”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호.
- 윌리엄 코커햄(박호진·김경수·안용항·이윤수 역), 『의료사회학』, 아카넷출판사, 2005.
- 이상돈·김나경, 『의료법강의』, 법문사, 2009.
- 이상돈, “무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안”, 『고려법학』, 제40권.
- _____, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』, 제27호.
- _____, “피부치료의 미용과 피부미용의 치료성”, 『대한피부과학회지』, 2004, 제42권 제2호.
- 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7집 제1호, 2007.
- 정현미, 『의료과오의 형사법적 책임』, 한국형사정책연구원, 1998.
- 조병희, 『질병과 의료의 사회학』, 집문당, 2006
- 조지 M. 포스터, 『의료인류학』, 한울출판사, 2002.

2. 외국문헌

- Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, C.H.Beck Verlag, 1999, §6, Rdnr.
- Albin Eser, §223, Rdnr. 34, StGB Kommentar (Schönke/Schröder), 2006

- Andrew M. Knoll, The Reawakening of Complementary and Alternative Medicine at the Turn of Twenty-first Century: Filling the Void in Conventional Biomedicine, *Journal of Contemporary Health law and Policy*, Summer, 2004.
- Barbara L. Atwell, Mainstreaming Complementary and Alternative Medicine in the face of Uncertainty, *UMKC Law Review*, 72, 2004, Spring.
- Betty F. Lay, Healer-Patient Privilege: Extending the Physician-Patient Privilege to Alternative Health Practitioners in California, *Hastings Law Journal*, 48, 1997.
- Hille Haker, Narrative Bioethik, Sigrid Graumann/Katrin Grüber (편), *Anerkennung, Ethik und Behinderung*, LIT Verlag, 2005.
- Joseph A. Barrette, The Alternative Medical Practice Act: Does it Adequately Protect the Right of Physicians to Use Complementary and Alternative Medicine?, *Saint John's Law Review*, 2003, 77, Winter.
- Kristen J. Josefek, Alternative Medicine's Roadmap to Mainstream, *American Journal of Law and Medicine*, 26, 2000.
- N. Luhmann, *Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, 1987.

Understanding Medicine as a Multi-dimensional Concept in the Legal Context

Na-Kyoung Kim

College of Law, Sungshin University, Prof. Dr.

=ABSTRACT=

This article analyses the concept of medicine in the legal context. It is not easy to define the concept of medicine because medical practice has various dimensions and the situation in which the practice is performed has a broad variety. The duty of medical law is to build the boundary of protection in that the nature of medicine would not be distorted by the factors of social systems like industry or governmental authorities. Without understanding the various dimensions - especially the dimension of Humanities and Sociology - of the medicine it is not possible to draw the limit on the performance of medicine appropriately. Concerning the medical practice (especially in the context of the regulation of medical licence), the enacted law (Medical Act) defines the concept just for form's sake and it finally depends on the interpretation of the legal enforcement authorities. Moreover, between the judgments of the courts there exists no coherent principles for the regulation and the interpretation of the Medical Act depends often on the riskiness, the abstract concept, which finally leads the interpretation to depend on the subject of the practice. On the contrary, the development and scientific movement of the technology tends to tighten the range of the medical professionals of medical practice and the perspectives of the medicine. Medical act is actually oriented at the patient's understanding of him- or herself. The above-mentioned tendency of the interpretation and the legal policy could lead the medicine away from its nature.

Keyword : Nature of Medicine, Medical Practice, Medical Licence and Law

지정토론문

의료개념의 다층적 이해와 법

손 홍 수*

의료행위의 개념은 실무적으로 보면 주로 무면허 의료행위를 둘러싸고 형사재판이나 헌법재판소에서 문제되고 있는 것으로 보이고, 따라서 의료행위의 개념의 문제도 결국은 이를 염두에 두고 논의해야 하는 것이 아닌가 생각됩니다. 이 같은 견지에서 두 가지만 질문을 드리도록 하겠습니다.

1. 현재 대법원 판례는 의료행위를 “의료행위의 실질과 의료법의 입법목적을 함께 고려하여 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방 또는 투약 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료 행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 정의하고 있는 것으로 보이는데, 이와 같이 판례가 의료행위를 “질병의 예방과 치료행위”라고만 하여 오다가 “그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”까지 의료행위에 포함한다고 해석을 하게 된 것은 “질병의 예방과 치료행위”에 해당하지 않지만, 의료행위로서 규율할 필요가 있는 유형들이 새로이 문제되었기 때문이고, 이는 포괄개념과 다름이 없어서 토론자가 보기에는 규율이 필요한 행위들을 의료행위로 포섭해 내는데 부족함이 없어 보입니다.

요컨대 의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회의 가치관에 따라 변화될 수밖에 없는 것이고, 이를 염두에 두고 대법원이 의료행위의 개념을 위와 같이 포괄적으로 정의해 놓고 구체적 사안에 따라 정하겠다고 하는 이 시점에 있어서 의료행위의 개념정의에 관한 논의가 어떤 실익이 있는지 우선 질문을 드리고 싶습니다.

* 서울고등법원 판사

발표자도 의료행위의 개념이 의학기술의 발달 정도와 사회의 가치관의 변화에 따라 달라질 수밖에 없다고 보는 입장으로 보이기 때문에 드리는 질문입니다.

2. 다음으로 현재 대법원 등에 의하여 의료행위로 규율되고 있는 것들이 기존의 면허를 가진 의료인들의 이해관계만을 지나치게 고려한 것이 아닌가 하는 것이 발표자의 의견이 아닌가 생각이 되고, 토론자도 그 부분에 관해서는 공감하는 바입니다.

이와 관련하여 토론자는 의료행위의 개념을 대법원 판결처럼 포괄적으로 하여 두되, 다만, 의료인이 다루지 않는 영역, 의료인도 제대로 다루지 못하는 영역, 고도의 의학적 전문지식을 요하지 않는 행위 등을 적극적으로 의료행위에서 제외하는 해석론이 적절하지 않은가 하는 생각을 가지고 있는데, 이 점에 관한 발표자의 견해를 듣고 싶습니다.

의료인이 아니라 하더라도 일정영역에서 의료행위를 할 능력이 사실상 검증된 경우, 의료행위라 하더라도 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 경우(수지침, 뜸), 의료인에 의한 시술행위를 찾아보기 어렵고, 의사면허를 가져야만 할 정도로 고도의 의학적 전문지식이 요구되지 않는 경우(일정 정도의 문신시술 행위), 의료인이 치료하지 못하는 경우 등과 같은 일정한 경우 국가로서는 독일의 치료사와 같은 제도를 도입하는 등으로 이를 방치할 것이 아니라 국민건강을 위하여 이를 제도권 안으로 끌어들이고 검증하고 이들에게 일정한 자격을 부여하는 등으로 적극적으로 관리하여 주는 것이 마땅한데 행정부나 국회는 기존의 제도권 의료인들의 이해관계 때문에 이를 방치하고 있고, 헌법재판소는 위와 같은 행태가 위헌이 아니라고 판단하고 있기 때문에 드리는 질문입니다.

토론자가 보기에 이는 결국 위와 같은 영역의 의료관계의 음성화만을 부추길 뿐만 아니라, 대체의료나 보완의료의 명맥을 끊어 버리는 것으로 여겨지기 때문입니다.