

의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항

김 성 은*

I. 들어가며
1. 검토 배경
2. 연구의 목적
II. 전문직의 직업윤리
1. 직업윤리의 의미
2. 의사의 직업윤리
3. 직업윤리 위반과 법적제재
III. 국내·외 관련제도 및 제도 도입에 대한 찬·반 의견
1. 의료법상 의료인 결격사유(면허취소요건)
2. 국내 타 전문직역 등 결격사유
3. 국외 제도
4. 제도 도입에 대한 찬·반 의견
IV. 검토의견
1. 현 제도의 문제점과 한계
2. 입법론적 검토
3. 업무상과실치사상죄에 대한 분리 검토
V. 마치며

I. 들어가며

1. 검토 배경

의료행위의 개념¹⁾에 대한 학설의 입장은 다양하지만²⁾ 의료행위의 주체인

* 논문접수: 2018. 6. 7. * 심사개시: 2018. 6. 15. * 게재확정: 2018. 6. 26.

* 대한병원협회, 법학석사.

의사에게 우리사회가 기대하는 윤리성과 사회적 책무의 수준이 상당히 높음에는 큰 이견이 없는 듯하다. 이는 의료행위가 외형적으로는 치료위임계약을 매개로 이루어지나, 내용적 측면에서 질병의 제거나 적절한 의료적 조치를 원하는 환자 측의 정성적·심리적 요인이 크게 작용하기 때문으로 설명될 수 있다. 최선의 결과를 얻고자 하는 환자의 기대와 희망은 자연스럽게 의사에 대한 심리적 의존으로 귀착되고, 이러한 일방적 의존관계나 기대는 중한 질병이거나 위험한 수술일수록 더욱 증대하게 될 개연성이 있어 보인다.

의료행위는 사람의 생명과 건강을 구하는 데에 그 목적이 있다는 구명성(救命性)의 특성이 최우선적으로 인정될 수 있기 때문에 이와 표리관계에 있는 신체에 대한 침습(侵襲)이 정당화³⁾될 수 있다. 따라서 인간의 생명과 직접적 연관을 맺고 있는 의사의 직무⁴⁾를 고려할 때, 이들에게 사회일반이 기대하는 도덕적·윤리적 수준과 법치의식은 타 전문직역보다 높아지게 된다.

의사에 대한 윤리성 문제와 법적 보완의 필요성은 최근 故신해철씨⁵⁾의 주치의에 대한 판결로 인해 본격화되고 있다. 특히, 당해 의사에게 수술받은 환자 중 4명이 사망⁶⁾하였음에도 불구하고 대법원 판결시점까지 면허가 유지된 사

- 1) 판례는 의료행위란 ‘의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’라고 정의하고 있다(대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009선고4783 판결(신현호·백경희 공저, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 31면)).
- 2) 의료행위의 개념에 대하여 일본에서는 세 가지 학설이 대립하고 있다. 첫째, 사람의 질병을 진찰, 치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위라는 설, 둘째, 현대의학을 기본으로 하여 그 이론을 임상에 응용하는 행위로서 사람의 질병을 진찰, 치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위라는 설, 셋째, 의사의 의학적 판단 및 기술로써 행하는 것이거나 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 말한다고 하는 설 등이 그것이다. 종래 첫째설이 통설이었으나 최근에는 셋째설이 유력하게 제기되고 있다(최재천·박영호·홍영균 공저, 『의료형법』, 육법사, 2003, 24면).
- 3) 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012, 379면
- 4) 대한예방의학회, 『의사윤리지침을 중심으로 한 의사의 직업윤리와 규범』, 계축문화사, 2016, 26면.
- 5) 1968.5.6.출생 2014.10.27.사망, 가수{네이버 인물검색, 2018.5.26.접속(https://people.search.naver.com/search.naver?where=nexearch&query=%EC%8B%A0%ED%95%B4%EC%B2%A0&sm=tab_etc&ie=utf8&key=PeopleService&os=94553)}.

실⁷⁾이 비판받고 있는데, 이와 함께 다른 의사가 저지른 살인 및 시신유기, 수면내시경 중 환자 성폭행 사건⁸⁾ 등이 재조명되며 제도 개선에 힘이 보태지고 있다. 즉, 사회적 중대 범죄를 저지른 의사에게 형의 선고에 후속하여 면허취소처분을 내려 일정기간 직무종사를 금지하는 것이 타당하다는 것이다.

물론, 이러한 범죄는 극소수 의사가 저지른 것으로 이와 무관한 대다수 의사에게는 이러한 부정적 사회분위기나 비판이 온당치 못하다고 인식될 수 있다. 그러나 진료과정에서 자신의 비밀을 털어놓고 심신에 대한 주도적 지배를 맡겨야 하는 환자의 입장에서는, 부정한 의사가 소수라는 사실보다는 막연한 불안감으로 인해 주변 의사에 대한 불신과 방어기제가 형성될 수 있다.

환자의 생명 보호와 의학 연구를 위해 묵묵히 땀 흘리는 의사의 헌신과 명예는 마땅히 인정받아야 하며 소중히 다루어져야 할 것이다. 그러나 본 사안은 선량한 의사 개인의 도덕적 흠결에 관한 비난이 아닌, 직업적 윤리나 법리적 차원의 문제로 파악하고 접근해야 할 필요성이 크다. 사안의 쟁점과 본질은 무엇이며 바람직한 개선방향은 무엇인지 진지한 논의가 필요해 보인다.

2. 연구의 목적

의사에 의한 형사범죄사건 발생 시 면허취소처분 필요하다는 주장의 제기 와 함께 관련 법안이 대표발의⁹⁾되어 있어 논의가 본격화될 전망이다. 제도 도입은 일부 타당한 측면이 있는 반면, 단순한 개념적 추단이나 감정적 판단에 기인하여 ‘모 아니면 도’ 식의 일도양단적 입법이 이루어질 경우 예기치 못한 부

6) MBC 뉴스, “사망 환자 더 있는데... 신해철 집도이는 아직도 수술 중”, 2018.1.29. (http://imnews.imbc.com/replay/2018/nwdesk/article/4513295_22663.html).

7) 다만, 최근 대법원 판결에 따라 故신해철씨 주치의에 대한 의사면허취소처분도 이루어지게 되었는데 이는 의료법 제19조(정보누설금지) 위반에 따른 것이다(중앙일보, “신해철 사망’ 집도의, 의사 못한다...대법원서 확정”, 2018. 5. 11([#none](http://news.joins.com/article/22614552))).

8) 이투데이 뉴스, “‘그것이 알고 싶다’ 수면내시경 환자 성폭행 의사 또 진료행위...시신유기 의사도 역시, ‘자격 있나’”, 2015.6.13. (<http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?idxno=1143083>).

9) 김상희 의원, 의료법 일부개정법률안(의안번호 12761), 2018.3.29.

작용이 발생할 우려 또한 있다.

일반적으로 중대한 형사범죄에 대해서는 면허취소를 통한 일정기간 직무중사금지가 바람직할 수 있으나, 자칫 허술한 제도설계가 이루어질 경우 상대적으로 과실위반 가능성이 높은 고위험 진료과목이나 수술분야가 외면받게 되어 진료의 실기나 지연은 물론, 향후 연관분야에서 의학적 발전이나 시도가 이루어지지 않게 되는 등 사회전체의 이익과 유용이 저해될 우려도 있다.

의사는 다른 전문직과 일정부분 동일하게 취급되어야 할 필요성이 있는 동시에, 위험을 감수하고 환자의 생명을 다루는 특수성¹⁰⁾을 지닌 전문가이므로 보다 개별적이고 구체적으로 검토되어야 할 부분이 있을 것으로 보인다. 본고에서는 전문직으로서의 의사가 갖추어야 할 직업윤리를 살펴보고 국내 타 전문직역과 국외 유사사례를 알아보는 한편, 검토될 수 있는 다양한 방안을 살펴봄으로써 입법적·제도적 대안 수립에 도움이 되고자 한다.

II. 전문직의 직업윤리

1. 직업윤리의 의미

직업윤리는 사회에서 직업인에게 요구하는 직업적 양심 및 사회적 규범과 관련된다. 일반적으로 윤리라 함은 행위의 옳고 그름이나 선과 악 또는 도덕적인 것과 비도덕적인 것에 대한 판단기준의 체계 또는 그 학문분야를 말한다.¹¹⁾ 직업윤리는 인간이 근본적으로 직면하는 윤리문제를 직업생활이라는 특수한 사회적 상황에 적용한 것으로, 이는 직업생활에서 나타나는 행동이나 태도의 옳고 그름 또는 선·악을 체계적으로 구분하는 판단기준¹²⁾이다.

직업윤리는 크게 ① 어떠한 직업에서도 요구되는 행동규범인 ‘직업 일반의

10) 이에 있어 단순 미용·성형 등 목적의 의료행위는 배제하는 것이 바람직할 것임.

11) 김대균·박군열 공저, 『현대인의 전문직업윤리』, 철학과 현실사, 2006, 50면.

12) 김대균·박군열, 앞의 책, 50면.

윤리’, ② 특정한 직종에게 요구되는 ‘직업별 윤리’¹³⁾로 나누어진다. 직업별 윤리는 특정한 직능을 실행하는 데에 반드시 요구되거나 전제되는 덕성¹⁴⁾이다 (기업가의 윤리, 법조인의 윤리, 의사의 윤리, 공직자의 윤리 등). 결국 직업윤리는 사회적 책임과 관련되는 것으로, 직업윤리는 법률적·경제적 의무를 넘어 사회적 규범이나 가치, 사회적 기대와 조화를 이룰 수 있는 직업행위를 강조하거나, 개인과 조직, 사회 제도들 간의 상호 의존성을 인식하고 이를 도덕적·경제적 가치의 틀 내에서 행동화하도록 강조한다.¹⁵⁾

2. 의사의 직업윤리

의사의 직업윤리는 오랫동안 도덕적 금언으로 사용되어 온 히포크라테스 선서에서 출발한 것으로 알려지고 있는데, 이는 아직까지 일부 의과대학 졸업식에서 낭독¹⁶⁾될만큼 의료윤리 영역에 강력한 영향을 끼치고 있다. 이후 오랜 세월동안 유대·그리스도주의나 힌두교, 불교나 이슬람교 문화 등을 근원으로 하는 다양한 의료윤리 지침이 마련¹⁷⁾되었으며, 히포크라테스 선서의 명맥¹⁸⁾을 이어 1803년 피서벌(Percival)의 의료윤리 규약과 1847년 미국의사협회 강령, 1948년 세계의사회의 제네바선언문¹⁹⁾ 및 1993년 러시아 의사 선언 등이 마련·발표되었다. 중도에 히포크라테스 선서와 관계를 단절한 뉘른베르크 규약(1946년)이 제정되며 심각한 내용적 퇴보를 겪었으나, 다시금 헬싱키 선언과 리스본 선언, 시드니 선언 및 도쿄 선언, 베니스 선언 등 전세계에서 이루어진 의사윤리 선언문 채택²⁰⁾을 통하여 다양한 의사 윤리모델이 정립·발전되

13) 김대균·박군열, 앞의 책, 51면.

14) 김대균·박군열, 앞의 책, 51면.

15) 김대균·박군열, 앞의 책, 51면.

16) 대한예방의학회, 앞의 책, 13면.

17) 대한예방의학회, 앞의 책, 13면.

18) 대한예방의학회, 앞의 책, 18-21면.

19) 제네바 선언은 의사가 “환자의 건강을 최우선으로 고려”할 것으로 요구하고 국제의료윤리강령은 “의사는 환자를 치료함에 있어 자신의 모든 지식과 기술을 동원하여 성심껏 해야한다”고 명시하고 있다(대한예방의학회, 앞의 책, 285면).

어 왔다. 우리나라는 대한의사협회 의사윤리지침에 ▲양심에 따른 학문적으로 인정된 진료이행, ▲최선의 진료를 위한 제도 개선노력, ▲품위손상행위 금지, ▲비밀유지의무 등이 규정되어 있다.

전문직으로서의 의사 윤리를 논할 때 전제되는 두 가지 사항은 ① 전문지식의 전문성·사회적 유익성, ② 의사에 대한 높은 도덕적 요구도²¹⁾이다. 환자로서는 의료가 생명과 직접 연관되어 있으므로 진료가 신뢰할 수 있는 것이기를 바라며, 의료행위에는 경제적 수단 그 이상의 목적이 있다고 믿고 있다. 즉, 의사는 돈을 벌기 위해서만 일을 하는 사람이 아니라는 것이다.²²⁾ 의사는 적절한 행위를 해야 하고 부당한 행위를 해서는 안 된다고 인식되며, 직무와 관련해서 일반인보다 높은 도덕적 표준²³⁾에 따라야 한다고 평가된다.

요컨대 세계 각국의 의사 윤리선언이나 윤리강령이 강조하는 내용은 일부 상이하지만 이들을 관통하는 핵심관념은 바로 환자의 생명을 소중히 다루어야 한다는 것으로 이해된다. 그리고 이러한 행위준칙은 불법행위의 지양을 포함함은 물론, 경우에 따라서는 마땅히 그렇게 해야 한다는 정언명령²⁴⁾ 수준의 높은 도덕적·윤리적 행동을 요하는 측면도 있는 것으로 보인다.

3. 직업윤리 위반과 법적제재

일반적으로 의무이행의 범위에 속하지 않는 비윤리적 직무행위는 법적 책임과 분리된 것으로 이해되며, 전문직역과 같은 예외적 경우에 한하여 개별법에 윤리의무 준수 규정을 두고 있다. 이는 전문직 종사자라면 공익적 견지에서 업무를 수행해야 한다는 사회적 기대나 신뢰가 반영된 것으로 볼 수 있다.

20) 대한예방의학회, 앞의 책, 23-24면.

21) 대한예방의학회, 앞의 책, 27면.

22) 대한예방의학회, 앞의 책, 28면.

23) 대한예방의학회, 앞의 책, 29면.

24) 김경동·김여진 공저, “한국의 사회윤리 연구: 기업윤리와 직업윤리를 중심으로”, 학술원 논문집(인문·사회과학편) 제49집 1호, 2010, 217면.

<표 2-1> 전문직 품위유지의무 및 제재규정

구분	위반 행위	제재 조치
의사 (의료법 제66조, 시행령 제32조)	▲ 품위를 심하게 손상시키는 행위* *학문적으로 인정되지 않은 진료, 비도덕적 진료, 거짓광고, 지나친 진료, 직무관련 금품 수수, 영리목적 환자유인 등	1년 내 면허자격정지
변호사 (변호사법 제24조, 제90조, 제91조, 제102조)	▲ 징계: 품위손상행위(직무연관성 불요) ▲ 업무정지명령: 공소제기 또는 징계절차 개 시+등록취소 등 가능성+공공의 이익 등 해 칠 구체적 위험성	징계: 제명, 2년 이하 정직, 3천 만원 이하 과태료, 견책 업무정지: 6개월
법무사 (법무사법 제30조, 제48조, 제51조)	▲ 징계: 품위손상행위(직무연관성 불요) ▲ 업무정지명령: 공소제기 또는 징계절차 개 시+등록취소 등 가능성+공공의 이익 등 해 칠 구체적 위험성	징계: 제명, 1개월~2년 업무정 지, 500만원 이하 과태료, 견책 업무정지: 6개월
공인회계사 (공인회계사법 제15조, 제48조)	▲ 징계: 품위손상행위(직무연관성 불요)	징계: 등록취소, 2년 이하 직무 정지, 1년 이하 일부직무정지, 견책
세무사 (세무사법 제12조, 제19조)	▲ 제명: 세무사 품위를 떨어뜨리거나 세무사 회 회칙 위반 시	제명: 3년 내 세무사등록(세무 대리) 불가
변리사 (변리사법 제8조의2, 제17조의2)	▲ 품위유지의무: 품위손상행위 금지	*변호사법에 따른 징계처분업 무정지기간동안 변리사업무 수행 금지

위 전문직 대부분 해당 직역에 대한 품위손상 또는 회칙 위반 시 징계나 제명 등을 통하여 일정기간 업무 수행을 금지하고 있다. 변호사법과 법무사법은 징계를 근거로 업무정지명령이 가능토록 세부요건을 두고 있으며, 공인회계사와 세무사의 경우 징계·제명의 방법으로 일정기간 직무중사가 제한된다.

한편, 각 법률상 품위손상행위의 의미가 불명확함에 비해 의료법은 대통령령에서 그 유형을 8가지로 분류하고 있다. 이에 비추어 볼 때 의료법이 타 법률보다 비윤리적 직무행위를 불법행위의 영역에 보다 적극적으로 포함시키려는 의도가 있는 것으로 볼 수 있는 측면이 있다. 즉, 타 법률상 품위손상행위 역시 비윤리적 직무수행 금지규정으로 볼 수 있으나, 그 유형이나 의미가 모호할 뿐

아니라 품위유지의무는 각종 자격이나 공익업무를 다루고 있는 상당수 법률(자격기본법, 공공기관운영법, 공증인법, 국민건강보험법 등)에 이미 규정되어 있기 때문이다. 어찌되었건 전문직역에 대한 비윤리적 직무행위 제재는 비교적 일반화된 것으로 보인다.

III. 국내·외 관련제도 및 제도 도입에 대한 찬·반 의견

1. 의료법상 의료인 결격사유(면허취소요건)

과거 의료법(2000년 이전)에서는 ‘금고 이상의 형의 선고를 받은 자’를 의료인 결격사유로 규정하고 이를 임의적면허취소사유로 다루고 있었으나, 개정 의료법²⁵⁾에서는 그 대상을 의료법 전부 및 형법 중 일부 범죄와 일부 보건 의료관계법령을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 자로 한정하는 한편, 필요적면허취소사유로 변경하여 현재까지 그 체계가 유지되고 있다.

<표 3-1> 의료인 결격사유 신·구조문 대비표

법률 제6020호 (1999.9.7. 일부개정, 2000.7.1. 시행)	법률 제6157호 (2000.1.12. 일부개정, 2000.7.13. 시행)
제8조(결격사유 등) ①(생략)	제8조(결격사유 등) ①(좌동)
1. 정신질환자·정신지체인	1. 정신질환자
2. 삭제<1987.11.28.>	2. (좌동)
3. 마약·대마 또는 향정신성의약품중독자	3. (좌동)
4. 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자	4. (좌동)
5. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자	5. 이 법 또는 형법중 제233조(허위진단서작성죄), 제234조(위조사문서행사죄), 제269조(낙태죄), 제270조(의사등의 낙태, 부동산의 낙태) 및 제317조제1항(업무상비밀누설죄),

25) 법률 제6157호, 2000.1.12., 일부개정, 2000.7.13. 시행.

법률 제6020호 (1999.9.7. 일부개정, 2000.7.1. 시행)	법률 제6157호 (2000.1.12. 일부개정, 2000.7.13.시행)
	보건범죄단속에관한특별조치법·지역보건법·후천성면역결핍증예방법·응급의료에 관한법률·농어촌등보건의를료를위한특별조치법·시체해부및보존에관한법률·혈액관리법·마약법·향정신성의약품관리법·대마관리법·모자보건법 기타 대통령령이 정하는 의료관련법령에 위반하여 금고이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
제52조(면허의 취소 및 재교부) ① 보건복지부장관은 의료인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다.	제52조(면허의 취소 및 재교부) ① 보건복지부장관은 의료인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다.
제8조제1항제1호 내지 제5호의1에 해당하게 된 때	제8조제1항 각호의 1에 해당하게 된 때

당시 국회 심의가 이루어진 의료법 개정안²⁶⁾에 구체적인 개정취지는 설명되어 있지 않으며, 공포안 개정이유에는 국민의 의료이용 편의를 증대시키고 의료서비스의 효율화를 도모하고자 한다는 내용만 기술²⁷⁾되어 있다.

2. 국내 타 전문직역 등 결격사유

의사 외 일반적으로 전문직으로 평가받는 변호사, 공인회계사, 세무사 및 변리사, 더 나아가 직무상 청렴의무²⁸⁾가 있는 공무원, 공익적 성격의 교육사업

26) 보건복지위원장, 의료법중일부개정법률안(대안), 의안번호 152473, 제안일자 1999.12.11., 의결일자 1999.12.13.

27) 개정이유: 행정규제기본법에 의한 규제정비계획에 따라 의료에 관한 종전의 규제를 폐지하거나 보다 합리적으로 개선함으로써 국민의 의료 이용편의와 의료서비스의 효율화를 도모하려는 것임

28) 국가공무원법 『국가공무원법』(법률 제14839호, 2017.7.26., 개정, 2017.7.26. 시행) 제61조(청렴의 의무).

을 담당하는 국립대학법인 임원 등의 경우 기본적으로 모두 ‘금고 이상의 형 선고’를 면허·임용결격사유로 규정하고 있다. 또한, 파산선고 역시 결격사유로 규정되어 있는데, 현재 면책결정상 면책률이 약 90% 이상이므로 논의의 실익은 적지만 의사가 제외²⁹⁾되어 있는 점은 의문이라는 견해³⁰⁾가 있다.

<표 3-2> 타 전문직역 및 공무원 등 면허·임용 결격사유

면허·임용 결격사유	금고 이상의 형 선고 (세부요건은 상이)	파산선고 후 복권되지 않은 경우
변호사(변호사법 제5조)	○	○
법무사(법무사법 제6조)	○	○
공인회계사(공인회계사법 제4조)	○	○
세무사(세무사법 제4조)	○	○
변리사(변리사법 제4조)	○	○
국가공무원(국가공무원법 제33조)	○	○
국립대학법인 서울대학교 임원(국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 제14조)	○	○(공무원법 준용)
사립학교법인 임원(사립학교법 제22조)	○	○(공무원법 준용)

3. 국외 제도

일본과 미국, 독일 등은 의사의 범죄행위에 따른 면허취소 등이 가능한데, 독일의 제도는 보다 정치화(精緻化)되어 있어 면밀히 살펴볼 필요가 있다.

우선, 일본 의사법(제4조·제7조)은 면허취소 또는 3년 이내의 의료업 정지 처분의 요건으로 ① 심신장애로 의사의 업무를 적정하게 수행할 수 없는 자, ② 마약·대마 중독자, ③ 벌금 이상의 형에 처해진 자, ④ 의사(醫事)와 관련된 범

29) 다만, ‘파산선고를 받은 자’ 역시 의료인 결격사유로 규정되어 있었으나, 의료법 전부개정(법률 제8366호, 2007.4.11., 전부개정, 2007.4.11. 시행) 내용에서 제외되었음(개정이유: 파산선고와 의료인 면허취득 간 직접적 관련성 없음).

30) 박호균, “의료인의 형사범죄와 면허 규제 문제점 및 개선방향-입법적 측면을 중심으로-”, 국회의원 남인순·국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허 규제 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집』, 2018. 4, 15면.

죄 혹은 부정행위가 있었던 자로 규정³¹⁾하고 있다.

미국에서 의사 면허를 교부받기 위해서는 선량한 도덕적 성격이 필요하고, 형사사건에서의 유죄 전력은 면허교부가 불허되는 전형적 또는 중요한 이유³²⁾이며, 범죄행위가 의료행위와 관련이 없더라도 마찬가지³³⁾이다.

또한 프랑스 형법 제131-27조부터 제131-29조는 죄에 대한 보충형으로 공무나 직업활동 또는 사회활동의 금지를 선고할 수 있도록 규정하고 있는데, 금지되는 범위는 죄를 범한 원인이 되는 직업이나 사회활동은 물론, 형사처벌을 규정한 법률에 따른 모든 직업·사회활동까지 포함³⁴⁾된다.

한편, 독일의 경우 형법 제70조³⁵⁾에서 직무수행과 관련된 위법행위로 인하

31) 일본 의사법 제4조 및 제7조(박호균, 앞의 자료집, 16면에서 재인용).

32) 참고문헌에는 'typical reason'이 '중요한 이유'라고 해석되어 있으나 본고에서는 '전형적'이라는 의미를 추가하여 함께 기술함(박호균, 앞의 자료집, 17면).

33) American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 7th ed, 2007, 11면(박호균, 앞의 자료집, 17면에서 재인용).

34) 프랑스형법 제131-27조(보충형과 공무수행금지 등) ① 중죄 또는 경죄에 대한 보충형으로 선고되는 공무나 직업 활동 또는 사회활동의 수행금지는 영구적이거나 한시적인 것으로 하되, 후자의 경우 금지기간은 5년을 초과할 수 없다. ② 선거에 의한 수입사무나 노동조합 책임사무의 수행은 금지할 수 없으며, 언론범죄에 대하여도 같다.

제131-28조(수행금지의 내용) 직업이나 사회활동의 수행금지는 직업이나 사회활동 중 또는 이를 기화로 죄를 범한 경우 그 직업이나 사회활동을 대상으로 하거나 형사 처벌을 규정한 법률이 정하는 다른 모든 직업 및 사회활동을 대상으로 할 수 있다(법무부, 프랑스 형법 해석본, 2008.11, 36~37면).

35) 독일형법 제70조[직업금지명령] ① 자신의 직업 또는 영업을 악용하여 또는 그것과 관련된 의무를 위반한 위법행위로 인하여 유죄선고를 받거나 또는 단지 책임무능력이 증명되거나 또는 배제되지 않아 유죄선고를 받지 않은 경우, 법원은 행위자의 행위에 대한 종합 평가를 통해 직업, 직업 일부, 영업 혹은 영업 일부의 계속되는 수행 중에 규정된 유형의 현저한 위법행위를 범할 위험이 있는 것으로 인정된다면 그에게 1년 이상 5년 이하 동안 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행을 금지할 수 있다. 법정 상한이 행위자로부터 예상되는 위험의 방지를 위하여 충분하지 않은 것으로 예상되는 경우에는 직업금지를 영구히 명할 수 있다.

② 행위자에게 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행이 잠정적으로 금지된 경우(형사소송법 제132조a), 금지기간의 하한은 유효했던 잠정적인 직업금지 기간만큼 단축한다. 다만, 이는 3월을 넘어서는 아니 된다.

③ 직업금지가 유효한 동안, 행위자가 다른 사람을 위하여 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부를 수행하거나 또는 그의 지시를 받는 타인을 통해 자신을 위하여 이를 수행하게 해서는 아니 된다.

④ 직업금지는 판결의 확정과 함께 효력을 갖는다. (당해)범죄로 인해 명하여진 잠정적인 직업금지 기간은 그 기간이 보안처분의 근거가 되는 실질적인 확정을 마지막으로 심

여 유죄선고를 받은 등의 경우 법원의 종합평가를 통하여 1년 이상 5년 이하의 기간동안(특정한 경우 영구히) 직업이나 직업 일부의 수행을 금지할 수 있는 직업금지명령제도를 두고 있다. 이는 특정한 직업의 수행과 관련된 특별한 위험으로부터 공중을 보호하는 것을 목적으로 하는 보안처분으로, 직업금지가 중대한 기본권 침해를 수반한다는 의견에 대해서는 독일기본법 제12조에 따른 직업의 자유와 충돌을 피할 수 있다는 것이 지배적 견해³⁶⁾이다.

직업금지명령은 피고인(의사)이 직업적 지위를 남용하거나 중대한 의무위반으로 범죄를 저질렀고, 직업을 계속 수행 시 중대하고 위법한 범죄를 저지를 위험(직무와 특별한 관계가 있는 위험)이 존재한다는 조건이 필요³⁷⁾하다. 또한, 직업금지명령 부과요건으로 ① 행위자 행위에 대한 종합 평가, ② 직업이나 직업 일부를 계속 수행 시 현저한 위법행위를 저지를 위험이 있는 것으로 인정되어야 함을 요구한다. 직업의 자유의 핵심을 결정적으로 제한하는 직무수행 금지의 의미에 대하여 생각해 볼 때, 단순한 반복가능성으로는 충분하지 못하며, 오히려 중대한 권리침해의 개연성이 예상되어야 한다.³⁸⁾

독일 제도에서 중요한 점은 피고인의 직업·영업 전체를 일의적·일률적으로 취급하지 않고 ‘직업, 직업 일부’ 등으로 상황에 맞게 분할하거나 유동적으로 판단하여 보다 합리적이고 덜 침익적인 처분을 가능케 한다는 점(예. 급여 과다청구로 유죄판결을 받은 개원의에게 개원만을 제한할 경우 봉직의 근무 가능성은 존재³⁹⁾)인데, 이렇듯 제도가 세밀하게 구조화되어 있는 점은 우리 법제에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

사할 수 있었던 판결의 고지 이후에 경과된 경우에 한하여 금지기간 안에 산입된다. 행위자가 관청의 명령으로 시설 내에 감호된 기간은 산입되지 아니한다(법무부, 독일 형법 해석본, 2008.5, 65면).

36) 이석배, “의사의 범죄와 직무금지-독일의 적용례를 중심으로-”, 국회의원 남인순·국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허 규제 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집』, 2018. 4, 41면.

37) 이석배, 앞의 자료집, 41면.

38) 이석배, 앞의 자료집, 42면.

39) 이석배, 앞의 자료집, 42면.

4. 제도 도입에 대한 찬반 의견

가. 제도 도입 찬성 논거

(1) 반사회성이 강한 범죄행위자에 대한 격리·재사회화 측면

경미한 법률 위반이나 사회반가치성이 낮은 범죄가 아닌, 살인·강간·시신 유기 등 죄질이 매우 나쁜 범죄에 따른 면허취소는 정당하다는 의견⁴⁰⁾이다. 의사는 직무상 환자와의 심리적·물리적 근접성이 수반되므로 국민 불안을 해소하고 행위자에게 개선의 정을 형성토록 기간을 부여한다는 측면에서 볼 때, 국민의 법감정에 부합하기 쉬운 등 큰 설득력을 얻을 수 있다.

(2) 국내 타 전문직역과의 형평성 측면

변호사, 변리사, 회계사 등 대표적인 전문직의 경우 법률에 제한받지 아니하고 금고 이상의 형을 선고받게 되면 면허취소요건이 충족되므로 이와 동일하게 다루어야 한다는 의견⁴¹⁾이다.

(3) 과거 법개정의 타당성 결여 측면

과거 의료법에는 의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분이 가능했으나, 2000년 의료법 개정 과정에서 의료인 결격사유가 불합리하게 축소되었다는 의견이다. 면허취소사유의 완화는 매우 신중하게 접근할 필요성이 있음에도 불구하고 이를 대폭 완화한 합리적 이유가 없다는 점이 제기될 수 있다.

(4) 직업윤리적 측면

현행 법제의 흠결로 인하여 의사의 비윤리적 행위가 통제되기 어려운 구조라는 의견이다. 의사의 사회적 지위나 국민건강에서 차지하는 역할 등을 고려

40) 박호균, 앞의 자료집, 5면.

41) 박호균, 앞의 자료집, 15면.

할 때, 의사의 윤리의식 제고를 위한 법적장치가 필요⁴²⁾하다고 볼 수 있다.

(5) 국외 제도와의 비교 측면

일본, 독일 등 국가에서 의사의 형사범죄에 따라 직업금지명령이 수반될 수 있음에 비하여 우리나라는 제도 공백이 있다는 의견⁴³⁾이다. 의료의 특수성을 강조한 제도 도입 반대 주장이 있을 수 있으나, 우리 법제에 상당한 영향을 끼치는 국가에 유사제도가 있다는 점은 입법에 구체적인 참고가 될 수 있다.

나. 제도 도입 반대 논거

(1) 현행 형벌부과에 의한 목적 달성 측면

형사범죄에 따른 자유형의 집행기간동안 직무수행금지 효과 및 반성의 기회가 부여되므로 면허취소는 과도하다는 의견이다. 또한, 업무상과실치사상죄는 일반적 과실치사상죄보다 무겁게 처벌된다는 점이 주장될 수 있다. 그러나 이는 형사처벌과 직업금지명령 등을 함께 규정하고 있는 타법을 설명하기 어려우며, 벌금형 등의 경우 제도적 공백이 발생한다는 비판이 가능하다.

(2) 성범죄자 취업제한제도와 의 제도적 중복성 측면

현행 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제56조에 따라 아동·청소년 또는 성인대상 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 의료인은 10년의 범위 내에서 의료기관 운영이나 취업이 금지⁴⁴⁾되므로, 성범죄에 따른 면허취

42) 박호균, 앞의 자료집, 15면.

43) 박호균, 앞의 자료집, 16-17면.

44) 다만, 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소, 2016. 3. 31. 2013헌마585·786, 2013헌바394, 2015헌마199·1034·1107(병합), 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조 제1항 위헌확인 등; 2016. 4. 28. 2015헌마98, 기본권침해 위헌확인; 2016. 7. 28. 2013헌마436, 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조 제1항 위헌확인) 이후 당해 위반행위의 경중 등에 따라 취업제한기간을 달리 정하도록 하는 개별 법률안 일부가 국회에 계류 중임.

소는 불필요하다는 의견이다. 이에 대해서는 취업제한명령에도 불구하고 의료기관 개설·취업 외 분야에서 활동이 가능하다는 반대의견⁴⁵⁾이 있다.

(3) 법 개정 당시 충분히 논의되었으므로 추가논의 불필요

2000년 의료법 개정 과정에서 충분한 사회적 논의와 입법적 결단이 있었으므로 추가적인 법개정이 불필요하다는 의견이 가능하다. 당시 면허취소 대상 행위는 축소되었으나 이와 동시에 임의적면허취소요건에서 필요적면허취소요건으로 변경된 점이 주장될 수 있다.

(4) 의료법상 면허취소사유와의 형평성 측면

현행 의료법상 형법 위반에 따른 면허취소사유는 고의범(허위진단서작성죄, 위조사문서행사죄, 업무상비밀누설죄 등)이므로 업무상과실치사상죄 등 과실행위까지 면허를 취소하는 것은 범죄행위와 행정처분 간의 형평성·연계성 측면에서 불합리하다는 의견이다. 그러나 타법에서 고의범·과실범을 구별하지 않고 요건충족 시 면허취소하고 있어 설득력이 약해질 수 있다.

(5) 위험한 의료행위 기피현상 심화 측면

고난이도 수술 등은 사회적으로 유용하고 반드시 필요하지만 업무상과실에 따라 면허취소가 이루어질 경우 의사가 위험의 창출인수를 기피하거나, 그 경계에 있는 고위험 행위를 멀리하게 될 가능성이 커질 수 있다. 소신과 직업적 소명에 따라 진료과를 선택하고 헌신하기 보다는 고위험 영역을 기피하고 덜 위험한 행위만을 선별하여 하는 등 진료위축이 만연할 우려가 있다.

45) 메디게이트 뉴스, “수술 저수가와 의료사고 부담→전공의 기피→전문의 부족→응급수술 공백”, 2018.5.1. (<http://medigatenews.com/news/1117794518>).

IV. 검토의견

1. 현 제도의 문제점과 한계

제도에 대한 찬반 의견 및 논거 등을 종합 고려할 때, 첫째, 국민의 법감정 측면에서 형사범죄에 따른 면허취소사유가 협소하게 제한되어 있는 점은 납득되기 어려워 보인다. 타 전문직역 대비 완화된 수준의 제도에는 나름의 합리성이 있다고 가정하더라도, 살인·시신유기·강간 등 고의성이 짙고 사회적 용인가능성이 없는 범죄까지 면허취소가 불가능한 점에 대해서는 논란이 지양되어야 할 것이다. 국민적 공분을 살 수 있는 중대 범죄행에 따른 면허취소는 사회일반의 안녕과 평온을 위한 조치로 이해되어야 하기 때문이다.

둘째, 범죄의 예방적 관점에서 볼 때 제도도입 필요성에 힘이 실릴 수 있다. 이에 대해서는 형의 집행종료를 통하여 법적책임의 이행이 종결되었으므로 면허취소는 실질적인 추가처벌이라는 의견이 있을 수 있다. 그러나 형벌의 부과는 형사적 제재이며, 형의 종기 후 즉시 직무에 종사하는 것이 타당한지에 대한 사항은 사회적 평가나 정책적 판단에 관한 사항이다. 형사책임이 완결되었더라도 과거와 동일한 직업적 환경에 노출되는 상황에서 범죄재발에 대한 사회적 우려가 남아있다면, 그것이 완화되거나 멸실될 것으로 추정되는 기간까지 업무를 금지하는 것은 타당하다고 평가될 수 있다.

셋째, 전문직역 간 일정수준의 제도적 균형이 이루어져야 할 필요성 측면이다. 사회적 신망과 존중을 받아야 하는 전문가로서 갖추어야 할 사회적·법적 책임의식 함양과 외견적 징표 확보를 위하여 현 제도는 보완될 필요가 있다.

넷째, 면허의 재교부 가능성이 높은 현실이 고려될 수 있다. 현행 의료법 제 65조제2항에 의거 면허취소 후 원인사유가 없어지거나 개선의 정이 뚜렷하다고 인정될 경우 위반행위에 따라 1년에서 3년 경과 후 면허의 재교부가 가능하다. 면허 재교부 승인률이 100%라는 점은 비판의 소지⁴⁶⁾가 있으나 어찌되었

46) 국회의원 인재근, “평생자격증? 최근 10년간 의료인 면허취소 후 재교부 승인율 100%!

건 면허재교부 시점이 예측가능한 점은 제도도입 반대에 대하여 일정부분 완충역할을 할 수 있다.

2. 입법론적 검토

입법론적 대안을 검토함에 있어서는 ▲대상 위반행위의 범위, ▲면허취소처분 방식(임의적·선별적 또는 필요적·일률적), ▲면허취소처분 시기 및 대상 형벌의 종류 등에 대한 고려가 필요할 것으로 보인다.

가. 대상 법률 또는 위반행위의 범위

(1) 법률에 제한을 두지 않고 모든 형사범죄행위에 적용

죄목에 관계없이 형사범죄로 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 면허취소 사유로 규정하는 방안이다. 타 전문직역과의 형평성이나 의사에 대한 높은 윤리의식의 부여, 법체계적 관점 등에서는 바람직하다고 판단될 수 있다.

그러나 중대 범죄행위 외에 모든 형사범죄에 적용해야 하는 당위성에 대하여 이견이 클 수 있으며, 의료의 특수성에 기인한 제도적 차별의 필요성 등에 대해서는 구체적인 논의가 부족한 상황으로 보인다. 또한 모든 형사범죄로 적용 시 자칫 일종의 과잉도덕화 현상이 우려된다는 비판이 가능하다. 즉, 행위자에 대한 형사책임 종결 후에도 윤리적·법적 차원의 추가적인 업무종사금지가 이루어짐으로써, 형법의 테두리 안에서 종결되어야 할 책임범위가 행정법적 제재까지 무리하게 이어지게 된다는 의견이 제기될 수 있다.

(2) 형법상 중대 범죄행위 및 의료법, 모든 보건의료관계법률에 적용
죄질이 매우 나쁘거나 행위반가치성이 매우 높은 형사범죄, 그리고 의료법 및 모든 보건의료관계법률 위반 시 적용하는 방안이다. 형사범죄는 사회적 용

복지부가 시기 놓쳐 자격정지 못 내린 대상 2,512명!", 인제근 의원실, 2016.10.14.

인가능성이 없는 살인·강간·시신유기 등에 대한 적용이 바람직할 것이다. 또한, 의료법 및 보건의료관계법률의 경우 위반행위의 종류를 묻지 아니하고 적용 가능할 것이다. 모든 보건의료관계법률로 규정하는 이유는 의료제도나 의료행위에 있어 의사가 갖는 직무상의 중대성 및 독점성 등에 의한 것으로 설명될 수 있다. 그러나 현재 보건복지부 소관 법률 95개⁴⁷⁾ 중 고령친화산업기본법이나 노숙인 지원법률 등 공적부조 영역은 배제될 필요가 있다.

(3) 형법상 중대 범죄행위 및 의료법, 일부 보건의료관계법률에 적용 현행 체계를 최대한 훼손하지 않는 방식으로, 사안의 민감성이나 검토의 복잡성 등을 고려할 때 가장 원활한 접근이 가능한 방안이 될 수 있다. 중대한 형사범죄행위는 살인 등 전술한 바와 같으며, 현행 면허 결격사유인 허위진단서 작성죄·위조사문서행사죄·낙태죄·의사 등의 낙태 및 부동의낙태죄·업무상 비밀누설죄·사기죄(허위진료비청구에 국한) 외에 상해와 폭행의 죄(형법 제257조~제265조), 유기와 학대의 죄(형법 제271조~제275조), 체포와 감금의 죄(형법 제276조~제282조), 절도와 강도의 죄(형법 제329조~제346조), 사기죄(형법 제347조, 허위진료비청구에 국한하지 아니함) 중 일부를 추가적으로 선별하여 열거하는 방안이 고려 가능해 보인다.

중대한 형사범죄행위에 있어서는 강간죄의 경우 현행 ‘성범죄자 취업제한 제도’에 따라 일정기간 직무종사가 금지되므로 개정 실익이 적은 점이 제기될 수 있다. 이에 대해서는 현행 취업제한제도는 제도적 공백이 있다는 의견⁴⁸⁾을 고려하여 입법적 공백이 있다면 보완하는 방안이 타당할 것이다.

한편, 보건의료관계법률의 경우 현행 의료법에서는 (약칭)보건범죄단속특별법, 지역보건법, 후천성면역결핍증예방법, 응급의료법, 농어촌 등 보건의료특별법, 시체해부법, 혈액관리법, 마약류관리법, 약사법, 모자보건법에 한정하

47) 2016년 보건복지백서, 보건복지부, 2017, 976면.

48) 박호균, 앞의 자료집, 13면.

여 적용하고 있으므로, 추가로 상당한 수준의 의료적 개입이 요구되거나 의사가 주도적인 역할을 수행하는 법률 혹은 보건의료시책상 중요성이 큰 법률(감염병예방법·국민건강보험법·의료기기법 등)을 선별·적용하는 방안이 검토될 수 있다.

나. 면허취소처분 방식

다음으로, 면허취소의 방식에 있어 법정요건 충족 시 면허를 취소하는 방안(필요적취소)과 행정부의 판단에 따라 취소하는 방안(임의적취소)에 대한 고민이 필요하다. 필요적면허취소방식은 중앙행정기관의 운영상의 어려움은 적겠지만 지나치게 경직된 제도라는 비판이 가능한 반면, 임의적면허취소방식은 개별 사안에 대한 구체적인 판단을 요한다는 점에서 행정부의 부담이 커지고 불복하는 당사자의 행정소송청구 등 측면에서 부담이 클 수 있다.

현행 의료법에서는 이를 필요적면허취소사유로 규정하고 있는데, 현행 방식을 유지할 것인지 또는 대상 범죄행위의 추가와 함께 일부에 대해서는 임의적면허취소방식을 도입할 것인지 고민해 볼 실익이 있을 수 있다. 단, 임의적면허취소방식을 도입할 경우 사안의 중요성을 감안하여 건강보험정책심의위원회⁴⁹⁾와 같은 별도의 법정위원회에서 판단이 이루어져야 할 것이다.

다. 면허취소처분 시기 및 대상이 되는 형의 종류

행정행위의 예측가능성을 통한 당사자 신뢰보호와 행정부의 자의적 권한행사 방지를 위해서는 법원의 확정판결에 후속된 처분이라는 점이 전제되어야 할 것이다. 법원의 종국적 판단 이전에 면허취소처분이 이루어질 경우 무죄추정의 원칙이 훼손되어 위헌성이 짙은 제도로 평가받게 될 것이다.

그러나 이에 있어서는 두 가지 생각해볼 사항이 있다. ① 위반행위가 매우 중대하여 법원판결 이전에 면허의 효력을 정지·취소시켜야 할 필요성이 큰 경우,

49) 『국민건강보험법』(법률 제15535호, 2018.3.27., 개정, 2018.3.27. 시행) 제3조의2.

② 법원판결에 따라 면허취소처분을 하였으나 행정소송 등 당사자 불복에 의해 면허효력이 유지되는 경우를 어떻게 취급하여야 하는가의 문제이다. 이는 행위자에 의한 또 다른 잠재적 법익침해 방지를 위하여 면허취소·정지⁵⁰⁾ 등을 하는 것이 정당한지 아니면 무죄추정의 원칙이라는 헌법적 가치에 따라 피고인을 보호하는 것이 보다 바람직한지에 대한 것으로, 사회의 안녕과 피고인의 인권 등 법익을 교량 평가하여 결정할 문제로 사료된다.

이에 대해서는 ①의 경우 사전적 처분이라는 점에서 별도의 검토가 필요해 보이며, ②의 경우 불법행위로 인해 면허취소가 이루어졌다면, 행정소송 등 면허취소처분에 대한 불복이 있더라도 그 확정시점까지는 행정처분의 효력이 유지되는 것이 바람직한 측면이 더욱 클 것으로 보인다. 즉, 의료인이 법률위반으로 재판 진행 중에 있고, 면허취소처분을 받을 가능성이 높아 그대로 두면 타인의 생명·신체에 중대한 위해를 일으킬 우려가 있는 예외적인 경우라면, 피고인 보호보다 타인의 법익침해 가능성을 차단하는 것이 보다 바람직할 수 있기 때문이다. 이는 사전적 행정처분이라는 점에서 비판의 여지가 있겠으나, 형벌부과가 아닌 행정처분인 점, 법원의 무죄판결 시 사전적 행정처분이 즉시 중단 가능⁵¹⁾한 점, 사전적 행정처분은 민법상 가압류·가처분 제도의 법리를 일부 차용하여 설명될 수 있는 점 등을 고려할 때 제도의 긍정적인 면이 더욱 클 것으로 사료된다.

또한, 면허취소처분 대상인 형의 종류에 대한 논의도 필요할 것이나, 이에 대해서는 현행 타 전문직역과 의료인의 결격사유가 모두 금고 이상의 형을 선고받은 경우로 규정되어 있는 점을 고려할 때 벌금형과 같이 상대적으로 죄질이 낮다고 평가받을 수 있는 경우는 제외되는 것이 바람직하다고 사료된다.

50) 의료법 일부개정법률안(강석진의원 대표발의, 의안번호 2566, 2016.10.4.) 주요내용: 의료인이 의료법 위반으로 재판 결과 면허취소처분 등을 받을 가능성이 높고 그대로 두면 타인의 생명·신체에 중대한 위해발생 우려가 있는 경우 보건복지부장관이 즉시 그 자격을 정지할 수 있도록 함.

51) 다만, 사전 면허취소처분을 받은 의료인에 대한 법원의 무죄판결 시 그간의 정신적 고통이나 영업활동의 제약으로 인한 손해 등은 해소되지 않을 수 있다. 이에 대한 절차진행이나 손실보전방안 등은 필요 시 별도검토가 필요해 보인다.

3. 업무상과실치사상죄에 대한 분리 검토

가. 논의 필요성

업무상과실치사상죄는 업무상 과실로 인하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 경우 성립하는 범죄로, 업무자(의사)라는 신분관계로 인하여 형이 가중되는 구성요건⁵²⁾이다. 이는 업무자가 보유하고 있는 축적된 경험으로 인하여 결과에 대한 예견가능성이 일반인에 비하여 높기 때문에 형이 가중되는 구조⁵³⁾로 설명된다. 이에 따라 업무상과실치사상죄는 해당 분야의 전문가가 이행하였어야 할 결과예견을 태만히 한 결과이므로 중대 형사범죄와 동일하게 다루어야 한다는 의견이 제기될 수 있다. 더욱이, 의료행위의 비가역성 측면에서 보았을 때 의료는 최종적·결과적 관점에서 평가되는 것이 보통이므로, 상해·사망에 대한 엄격한 사후제재의 필요성이 설득력을 얻을 수 있다.

그러나 범의 없이 질병제거 목적으로 진료한 의사에게 중대범죄와 동일하게 사후제재를 가하는 것이 바람직한가에 대해서는 신중해야 할 필요성도 있다. 질병의 종류나 경과·신체특성이 모두 다른 개인을 대상으로 위험성을 감내하고 시행한 의료행위에 있어 과실을 이유로 면허까지 취소하는 것은 경우에 따라서는 과도할 수 있기 때문이다. 업무상과실치사상죄는 다양한 관점에서 평가될 수 있는 바, 의료행위의 구명성과 위험성·비가역성 등 특성과 연계된 의료행위의 과실노출성, 보건의료시책 등과 연계하여 살펴볼 필요가 있다.

나. 의료행위의 높은 과실위반노출성 고려

전술한 전문직역의 직무에 있어 업무상 과실로 사람이 사상에 이르게 되는 경우는 매우 예외적이라 할 수 있다. 그러나 의료행위는 인체에 대한 고의적 침습을 전제하므로 그 시작부터 끝까지의 전 과정에 위험성이 병존한다. 의료적 침습은 증상완화·의식회복 등 구명의 목적을 갖고 시행되고, 환자의 개인차에

52) 한국의료법학회, 『보건의료법학』, 동림사, 2002, 144면.

53) 한국의료법학회, 앞의 책, 144면.

따라 효과예측이 불확실한 다양성의 상황 하에서 전개되며, 진단과 치료방법을 수정하며 진행되는 동태성을 갖고 있다. 심지어 의료사고가 발생한 경우라도 이러한 나쁜 결과의 반(反)가치성은 언제나 치료목적성이라는 행위가치에 의하여 상쇄되므로, 의료사고에서 형사불법을 구성하는 행위반가치의 요소는 일반 범죄행위와 비교할 때 상대적으로 약한⁵⁴⁾ 특성이 있다.

다시 말해, 의료행위의 다양하고 복잡한 특성으로 인하여 의사는 직무수행 간 환자가 자신의 행위영역·지배영역 안에 있다고 인식하더라도 누구도 의도하지 않은 상황으로 병변이 전개될 수 있는 등 매우 불안정한 상황 하에서 직무를 수행하게 되므로 다른 전문직보다 과실위반의 위험성에 보다 많이 노출되어 있다고 볼 수 있다. 물론, 의료행위가 단행되면 과거로 돌아갈 수 없으며 신체의 훼손은 중대한 법익침해이므로 그 업무가 보다 어려운 만큼 더욱 신중하여야 한다는 의견 또한 제기될 수 있다. 진료에 따른 부정적 결과는 지양되어야 하며, 의료과오 역시 발생하여서는 안 될 것이다.

그러나 의료과실은 불법행위로 평가될 수 있을지언정 그 자체만으로는 직업의무 위반이라고 말할 수 있는지는 의문⁵⁵⁾이다. 왜냐하면 착오는 인간적인 것이고⁵⁶⁾ 이러한 특성에 대한 예외적인 용인가능성을 굳게 닫아버린다면 위험한 의료행위의 단행을 통한 생명의 유지나 의학적 발전은 요원해질 수 있기 때문이다. 하지만 강조컨대, 높은 과실위반가능성에 노출되어 있는 의사의 직무수행이 언제나 정당화되어야 하거나 위법성이 조각되어야 한다는 것은 아니다. 다만, 위험성이 높은 의료행위는 개인적·사회적으로 유익한 행위이므로 허용된 위험의 이론⁵⁷⁾ 등을 고려할 때 이루어지는 것이 바람직한 바, 의료과실은 다른 전문직역의 과실과 다르게 접근되어야 할 필요성이 있다.

54) 이상돈·김나경 공저, 『의료법 강의』, 법문사, 2014, 155면.

55) 이석배, 앞의 자료집, 46면.

56) 이석배, 앞의 자료집, 46면.

57) 다만, 허용된 위험의 이론이 적용될 수 있는 의료는 안전성이나 유효성이 확인되지 않은 의료, 다시 말해서 위험의 예견이 가능하나 이에 대한 회피가 불확실한 실험의료, 임상시험, 고도로 위험한 수술 등의 경우라고 보는 것이 타당하다고 한다(주호노, 앞의 책, 769면).

다. 직무연관성에 대한 고려

형사범죄에 따른 면허취소처분이 타당성을 확보하기 위해서는 불법행위의 직무연관성이 중요하게 고려될 수 있다. 즉, 면허취소가 적절한 것으로 평가되려면 당해 행위가 면허를 매개하여 이루어진 것이어야 하고, 그 행위주체는 통상 고의범을 의미한다 할 것이므로, 결국 직무연관성 있는 범죄행위는 면허취소의 필요성이 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 면허를 이용한 고의범의 경우에는 전술한 바와 같이 면허취소 대상범죄를 검토할 필요가 인정된다.

그러나 업무상과실행위는 고의성이 배제되므로 고의범과 동일하게 평가하기 어려운 측면이 있다. 환자 법익침해라는 결과적 측면에 과도하게 착안한 나머지 고의범과 과실범을 동일하게 평가하여 차등을 두지 않는 것은 면허취소 제도의 근본 취지에 부합하지 않는 것으로 보이며, 다른 것을 같게 취급하는 것으로서 위반행위와 처분행위 간의 적정성·형평성 측면에서도 타당성이 부족한 것으로 사료된다.

라. 위험창출행위 기피 등 방어진료경향 확산과의 연관성

외과적 수술이나 응급실·중환자실 등에서 이루어지는 의료행위는 위험성이 높고 신속한 판단·행동이 요구된다는 측면에서 중요하게 취급될 필요성이 크다. 의료행위의 구명성 측면에서, 이는 진찰·판독 등 비침습적 행위 혹은 침습성은 있으나 미용·성형 등 공익성이나 긴박성이 없는 행위보다 개인과 공공의 이익을 현저히 증대시키기 때문이다. 그러나 고위험행위를 주로 실시하는 진료과(외과·흉부외과·산부인과 등)는 오히려 전공의 육성지원과목·기피과목으로 지정⁵⁸⁾되어 정부 재정지원과 수가인상⁵⁹⁾ 등이 이루어지고 있다.

58) 국회의원 최도자, “올해 ‘전공의 육성지원과목’ 산부인과 빠져 10개... 10개 중 6개 과목 정원 70%도 못 채워”, 최도자 의원실, 2018.3.26.

59) 보건복지부 보도자료, “복지부, 흉부외과 전공의 부족 해결 적극 나섰다”, 2009.2. (http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CNT_SEQ=205512&page=1).

업무상과실치사상죄에 따른 면허취소는 의사 개인의 직업제한 문제에서 더 나아가 위험한 의료행위가 필요한 환자 및 일반 국민을 위한 보건의료정책과도 결부시켜 생각해볼 필요가 있다. 제도 도입 시 고위험 진료과목이나 영역(중환자실·응급실·수술실 등)에 근무하는 의사에게 과실발생에 대한 부정적 감정을 형성·강화시켜 위험책임⁶⁰⁾ 또는 위험창출행위 자체를 자제·회피하게 하거나, 중환자를 맞닥뜨렸을 때 진료위축이 발생함은 물론, 기피 진료과의 인력부족이 더욱 심화될 우려⁶¹⁾ 등이 예상되기 때문이다.

진료위축과 고위험 의료행위 기피는 당해 환자 개인의 피해는 물론, 그러한 진료기회를 잠재적으로 상실하게 되는 사회적 문제로 귀결된다. 의료형법은 일반형법보다 더욱 절제되지 않으면 의사의 방어진료 경향을 확산시키고 의료사회를 병리화시킬 수 있다.⁶²⁾ 의사는 형사처벌의 빌미를 주지 않기 위해 스스로 방어적 조치를 강구하게 되고 이로써 질병치료라는 목적에 몰입할 수 없게 되며, 그 피해자는 국민이 된다.⁶³⁾ 따라서 업무상과실치사상죄는 제도 도입의 장·단점과 파급효과 등을 보다 면밀히 평가해야 한다.

마. 입법론적 검토

(1) 업무상과실치사상죄 적용 배제

의료행위의 본질적 특성을 강조하여 업무상과실치사상죄에 따른 책임을 형벌에 국한시키는 방안이다. 의사는 위축·방어진료의 부담에서 다소 벗어날 수 있다고 볼 수 있는 반면, 故신해철씨 주치의와 같이 과거 수 명의 환자가 사망한 전례⁶⁴⁾에 대한 제도적 보완이 미흡하다는 점에서 비판받을 수 있다.

60) 이상돈·김나경, 앞의 책, 137면.

61) 부연하여, 고위험 진료영역·진료과에 종사하는 의사로서는 원치 않는 조정에 의무적으로 참여하게 되는 결과도 발생할 수 있다. 보건의료기관 중별 자동개시 조정 현황에 따르면 조정종결된 239건 중 조정성립된 102건의 총 성립금액은 약 12억 6천만원, 1건당 평균성립금액은 1,240만원이다(한국의료분쟁조정중재원, 『2017년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보』, 2018, 45면).

62) 이상돈·김나경, 앞의 책, 156면.

63) 이상돈·김나경, 앞의 책, 156면.

(2) 업무상과실치사상죄를 적용하되, 중과실에 한하여 적용

업무상과실을 범한 경우라도 면허취소요건은 보다 엄격히 적용될 필요가 있으므로 중대한 과실의 경우에 한하여 필요적면허취소사유로 적용하는 방안이다. 형법적 의료과실을 판단할 때에는 민사책임에서의 과실판단과는 달리 문제되는 주의의무의 위반이 중과실에 해당하는 경우에만 형법적 책임을 귀속시켜야 한다는 견해⁶⁵⁾ 등을 고려하여, 중과실에 대하여 형사적·행정적 책임을 함께 적용하는 방안이 타당하다고 주장될 수 있다.

(3) 업무상과실치사죄를 적용하되, 과실·중과실을 분리하여 적용

업무상과실행위의 불법성을 감안하여 면허취소사유로 규정하되, 일반과실과 중과실을 분리하여 규정하는 방안이다. 즉, 업무상과실치사상죄를 임의적면허취소사유로 규정하여 일정한 판단기준에 해당하는 경우(예. 독일의 직업금지명령제도와 같이 중대한 지위남용이나 위험성 등을 구체적으로 판단⁶⁶⁾) 면허를 취소하는 방안이 가능할 것이다. 임의적면허취소방식 도입 시 건강보험정책심의위원회와 같은 법정위원회를 신설하여 면허취소여부를 숙고해야 할 것이다. 또한 중과실의 경우 책임의 엄중함과 결과의 중대성 등을 고려하여 필요적면허취소사유로 규정하는 것이 균형적으로 검토될 수 있다.

(4) 업무상과실치사상죄를 적용하되, 임의적면허취소사유로 적용

과실의 경중을 묻지 않고 모두 임의적면허취소사유로 다루는 방안이다. 구체적 판단을 통해 면허취소가 이루어진다는 측면에서 긍정적인 반면, 면허취소에 대한 부담과 진료위축 문제는 여전히 남게 된다. 이에 있어서도 매우 제한적이고 예외적인 경우 면허취소가 이루어져야 하며, 중립적·구체적 판단을 위

64) 다만, 금번 사례와는 달리 일반적으로 부정적 결과예견가능성이 큰 수술의 경우 언제나 결과만을 기준으로 법적·윤리적 비난을 가하기는 어려울 것이다.

65) 이상돈·김나경, 앞의 책, 161면.

66) 이석배, 앞의 자료집, 41면.

해 별도의 법정위원회에서 면허취소여부 결정이 이루어져야 할 것이다.

V. 마치며

의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분은 국민의 범감정이나 범죄예방과 같은 거시적 관점 뿐 아니라, 전문직역 간 형평성이나 면허의 재교부 가능성 등 세부적 사항을 감안할 때에도 그 타당성에 보다 무게가 실릴 수 있어 보인다.

다만, 의사는 다른 전문직역과 달리 직무수행의 전 과정에 항상 불확실성과 과실의 위험성에 노출되어 있으며, 업무상과실이 항상 직업의무 위반이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 일정부분 다른 전문직역과 동일하게 평가될 수 있는 동시에 고위험 의료행위 등의 특성을 고려하여 일정부분 달리 접근해야 할 필요성이 상존함을 유의하여야 할 것이다. 본 사안에 대한 충분하고 진지한 논의를 거쳐 제도적 공백이 적절하게 보완될 수 있는 방안이 마련되기를 기대해 본다.

[참 고 문 헌]

- 김경동·김여진 공저, “한국의 사회윤리 연구: 기업윤리와 직업윤리를 중심으로”, 『학술원논문집(인문·사회과학편)』 제49집 제1호, 2010. 9.
- 김대균·박군열 공저, 『현대인의 전문직업윤리』, 철학과 현실사, 2006.
- 김상희 의원, 의료법 일부개정법률안(의안번호 12761), 2018.3.29.
- 박호균, “의료인의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향입법적 측면을 중심으로-”, 국회의원 남인순·국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집』, 2018.4.
- 신현호·백경희 공저, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 이상돈·김나경 공저, 『의료법 강의』, 법문사, 2014.
- 이석배, “의사의 범죄와 직무금지-독일의 적용례를 중심으로-”, 국회의원 남인순·국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집』, 2018.4.
- 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012.
- 채근직, “의료인의 형사범죄와 면허규제에 관한 몇 가지 소견”, 국회의원 남인순·국회의원 권미혁·대한변호사협회, 『의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집』, 2018.4.
- 최재천·박영호·홍영균 공저, 『의료형법』, 육법사, 2003.
- 국회의원 인재근, “평생자격증? 최근 10년간 의료인 면허취소 후 재교부 승인률 100%! 복지부가 시기 놓쳐 자격정지 못 내린 대상 2,512명!”, 인재근 의원실, 2016.10.14.
- 국회의원 최도자, “올해 ‘전공의 육성지원과목’ 산부인과 빠져 10개...10개 중 6개 과목 정원 70%도 못 채워”, 최도자 의원실, 2018.3.26.
- 대한예방의학회, 『의사윤리지침을 중심으로 한 의사의 직업윤리와 규범』, 계축문화사, 2016.
- 법무부, 『독일 형법 해석본』, 2008.5.
- 법무부, 『프랑스 형법 해석본』, 2008.11.
- 보건복지부, 『2016년 보건복지백서』, 2017.9.
- 한국의료법학회, 『보건의료법학』, 동림사, 2002.
- 한국의료분쟁조정중재원, 『2017년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보』, 2018.

[국문초록]

의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항

김성은(대한병원협회)

최근 의사에 의한 형사범죄 사건 발생 시 죄의 종류에 관계 없이 일정 수준 이상의 형을 선고받게 되면 면허취소처분이 이루어져야 한다는 의견이 제기되고 있으며, 이에 대한 법안이 국회에 대표발의 되는 등 논의가 본격화될 것으로 전망된다.

국민 일반이 의사에게 기대하는 도덕성·윤리성이나 법치의식의 수준, 다른 전문직역에 대한 면허취소제도 등을 고려할 때 의사의 형사범죄에 따른 면허취소는 일정부분 타당하다고 평가될 수 있다. 그러나 정제되지 않은 추단이나 감정적 판단에 기인하여 허술한 제도설계가 이루어질 경우 예기치 못한 부작용이 발생할 가능성이 있다.

사회적 용인가능성이 없는 중대한 형사범죄에 대해서는 의사 면허취소처분을 통하여 국민일반을 위협으로부터 보호하는 조치가 타당하다고 평가될 수 있을 것이다. 그러나 고위험 의료행위가 갖는 구명성과 높은 과실위반 노출성, 사회적 유용성 등의 특성을 감안할 때 업무상과실치사상죄 및 일부 경미한 범죄행위는 반사회성이 높은 형사범죄행위와 동일하게 평가하기 어려운 측면이 있다.

의사는 다른 전문직과 동일하게 취급될 필요성이 있는 동시에, 위험을 감수하고 환자의 생명을 다루는 특수성을 지닌 전문가이므로 의료의 본질적 특수성 및 보건의료정책상의 필요성 등을 고려하여 보다 구체적이고 실증적인 제도 도입 논의가 이루어져야 할 것이다.

이에 따라 본고에서는 위와 같은 판단과 문제의식에 기초하여 의사의 직업윤리 및 국내·외 형사범죄와 연계된 의사면허취소제도를 살펴보고 우리나라의 실정에 맞는 다양한 입법론적 대안을 살펴봄으로써 합리적인 제도수립에 도움이 되고자 한다.

주제어: 의사직업윤리, 형사범죄와 면허취소, 허용된 위험, 업무상과실치사상죄, 과실노출성

Issues and Considerations surrounding Revocation Physician's Medical License Arising from Criminal Offenses

Kim Sung-eun

Korean Hospital Association, L.L. M.

=ABSTRACT=

In recent years, there have been opinions in which physicians are liable to the revocation of their medical license if they are sentenced to above a certain level for criminal charges regardless of the types of offenses. Accordingly, a revised bill of law was submitted in the National Assembly, and related discussions are thus expected to commence.

Considering the morality and ethics or the level of the rule of law that the general public expects of physicians, as well as the license revocation system in other professional sectors, it is assessed that medical license revocation due to criminal convictions of physicians is appropriate to some degree. However, if a poorly devised system is established based on unrefined inferences or emotional judgements, unexpected side-effects are likely to arise.

With regard to serious criminal acts that society generally perceives as unacceptable, it can be assessed that the revocation of physicians' licenses would appropriately protect the general public from threats. However, given the life-saving characteristics of high-risk medical practices, higher malpractice exposures, and social values, it is difficult to assess charges of professional negligence resulting in death(or in injury) and minor offences in the same manner as anti-social criminal offences are handled.

Physicians need to be treated the same as any other professions. At the same time, they are engaged in administering medical treatment to patients in the face of great risks as professionals. Under the circumstances, a discussion on the introduction of a more specific and empirical system is needed by considering the

intrinsic characteristics of medical treatment and the need for an equitable health and medical policy.

Accordingly, based on the above judgment and perception, this study explores the code of ethics for physicians and medical license revocation related to criminal offences at home and abroad, and examines various legislative alternatives appropriate for the Republic of Korea. In doing so, the purpose of the study is to contribute to the development of a reasonable system for handling criminal offences by physicians.

Keyword: The code of ethics for physicians, Criminal offense and license revocation, Acceptable risk, Charges of professional negligence resulting in death (or in injury), Malpractice exposure