

대법원 판례로 살펴본 무면허 한방의료행위의 법리

이해웅*

동의대학교 한의과대학 예방의학교실

The Legal Aspect of Supreme Court Cases on the Unlicensed Medical Practice of Korean Medicine

Hai-Woong Lee*

Department of Preventive Medicine, College of Korean Medicine, Dong-Eui University

Abstract

Background and Aim : Health care and cosmetics as well as quality of life is now a matter of concern and many categories of complementary and alternative medicine fall into the territory of the medical practice of Korean medicine. Accordingly, penalties are being taken for unlicensed medical practices of Korean medicine in so called complementary and alternative medicine area. There is a possibility of violating the law for the public part because it is not clearly stipulated in the law as to what is a licensed medical practice.

Materials and Method : The significance of the Medical Service Act and the Act on Special Measures for the Control of Public Health Crimes were reviewed, and the related supreme court cases were discussed upon the legal aspect of processing the unlicensed medical practice of Korean medicine. The legal information was provided from the National Law Information Center of the Ministry of Government Legislation, and the information websites of the Supreme Court and the Constitutional Court.

Results : The concept of medical practice, which is essential in judging the case of unlicensed medical practice, is 'prevention and treatment of diseases through diagnosis, examination, prescribing, medication, or surgical procedures based on medical expertise', and the 'acts that may result in harm and injury of health unless performed by a medical person'. With respect to the medical practice of Korean medicine, the concept includes 'prevention and treatment of diseases using the principle of traditional Korean Medicine'.

Conclusions : The concept of medical practice should be clearly stipulated in the law for the control over the unlicensed medical practices of Korean medicine. And it is important to move from the current concept of medical person-oriented medical practice emerging from the national system of healthcare control, to a concept that can accept the era of health managing-oriented medical environment and the co-governance of the healthcare providers and consumers for the future.

Key words : medical practice, CAM, Korean Medicine, medical law, unlicensed

• 접수 : 2019년 4월 5일 • 수정접수 : 2019년 4월 22일 • 채택 : 2019년 4월 24일

*교신저자 : 이해웅, 47227 부산광역시 부산진구 양정로 52-57 동의대학교 한의과대학 예방의학교실

전화 : 051-850-7438, 팩스 : 051-850-7435, 전자우편 : jameslee@deu.ac.kr

1. 서론

21세기 이후 우리 사회도 급격히 고령화를 겪으며 만성질환 관리의 시대가 되었고 건강한 삶의 질을 중요하게 여기고 있다. 이에 기존의 의료체계에서 제공하는 의료서비스와 더불어 피부관리, 마사지, 건강기능식품, 운동영양치방, 마음수련 등 건강 및 미용과 관련된 많은 의료 외적 서비스가 존재하고 있다. 여기에 대체의학에 대한 세계적 관심에 따라 우리나라에서도 건강, 미용 및 대체의학 관련 학과와 민간자격증이 생겨났고 이는 기존 의료체계의 배타성과 충돌을 일으키는 경우가 발생하고 있다. 특히 어떤 행위가 허가된 의료행위인지에 관해서 법률에 명확하게 규정되어 있지 않기 때문에 일반인으로서¹⁾ 착오를 일으킬 가능성이 있다.

현행 의료법 제27조는 의료인 아닌 자의 의료행위를 금지하고 있으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없게 하고 있다. 특히 한약, 침, 뜸, 부항, 카이로프랙틱, 기수련 및 치료, 명상, 자기요법 등 해외에서는 대체의학의 범주에 들어가는 많은 부분이 우리나라에서는 한의사의 업무영역에 들어가기 때문에²⁾ 이와 관련된 무면허 대체의료행위에 대한 처벌이 이루어지고 있다. 대법원 2003도939 판결을 보면 자격기본법에 따라 민간자격관리자로부터 대체의학 자격증을 수여받은 자가 사업자등록을 하고 침술원을 개설하여 침술행위를 한 것은 무면허 의료행위에 해당한다고 하였다. 또한, 대법원 2006도6870 판결에서도 통합의학에 기초하여 환자를 진찰하고 한약 달인 물을 처방하는 행위를 무면허 의료행위로 보았다.

일찍이 2006년에 김재윤의 ‘무면허 대체의료행위의 형사법적 책임’³⁾에서 대법원 2004도7412 판결에 대하여 평석을 하면서 대체의료행위에 대한 법적 평가와 함께 위법성조각사유로서 사회상규에 위배되지 않는 행위에 대해 논한 바 있다. 다만 민간 침구사 자격으로 시행한 침술행위를 한방의료행위로 보지 않고 대체의료행위로 파악한 것은 아쉽다. 다음으로 2009년 김하나, 김계현의 ‘유사의료행위에 관한 법적 검토’⁴⁾에서는 자격없이 행하는 의료행위를 유사의료행위로 보고 주로 보완대체요법 기반의 유사의료행위의 처벌 판례를 검토하고 법적 규제에 관한 타당성에 대해 논하였다. 여기에서도 침술행위를 이미 폐지된 침사(鍼士)의 업무로 보았다.

2010년 고시면⁵⁾은 ‘한의사 면허가 없는 사람에게 침

구시술과 자기요법 등의 대체의학 기술을 금지하고 있는 의료법 조항은 헌법에 어긋나지 않는다’라는 헌법재판소 2010년 결정에 대해 평석하면서 ‘위해 발생 가능성이 낮은 의료행위와 상응할 만한 적절한 제도를 마련하지 않은 채 비의료인의 의료행위를 일률적으로 금지한 것은 국민의 의료선택권과 비의료인의 직업선택권을 침해한다’는 반대의견에 의미를 부여하며 한의사의 독점을 비판하고 침사, 구사 및 대체요법시술사의 제도를 제안하였다. 2010년 이승배의 석사학위 논문인 ‘뜸 施術 行爲의 醫療刑法的 考察’⁶⁾에서는 뜸시술의 위험성 정도를 객관화하여 일정 위험성이 있는 뜸시술은 그에 맞는 교육과 자격을 주고, 위험성이 거의 없는 뜸시술은 일반인이 할 수 있도록 하여 국민 건강권을 보장자는 의견을 내었다.

본 논문에서는 의료법과 보건범죄 단속에 관한 특별조치법의 의의와 관련 판례를 통해 의료인에게만 허용된 의료행위에 대해 검토하고, 나아가 무면허 한방의료행위 판결의 법리에 대해 논의하려고 한다. 법제처 국가법령정보센터⁷⁾의 의료법, 보건범죄 단속에 관한 특별조치법(약칭: 보건범죄단속법)의 해당 조문에서 제공하는 관련 판례와, 대법원 종합법률정보 사이트⁸⁾에서 ‘한방의료’와 ‘침술’, ‘부정의료업자’로 검색한 판례, 참고문헌에서 인용한 판례들을 종합적으로 검토하였다. 주로 2000년 이후 최근 판결을 참조하였으며 필요할 경우 이전 판결들을 참조하였다. 헌법재판소에서 제공하는 헌법재판정보 사이트⁹⁾도 참조하였다.

2. 무면허 한방의료행위 처벌의 판례

다음은 무면허 한방의료행위를 처벌한 판례를 분야에 따라 나누어 판례요지와 내용에 따라 정리한 것이다.

1) 한약(韓藥)

(1) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결
의사가 작성한 소견서, 검사서를 참조하고, 환자에게 문진하여 상태를 판단하고 이에 적당한 한약재를 사용한 것은 한의사의 의료행위에 포함된다. 면허 또는 자격 없이 진단·처방하는 것은 무면허 의료행위이다.

(2) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결
한약조제자격을 취득한 약사가 환자들을 진맥, 문진

을 통해 진단하고 한약을 조제·판매한 것은 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제4102호로 개정되기 전의 것) 제5조에서 정한 ‘영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 때’에 해당한다.

(3) 대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결

건강원을 운영하는 피고인이 손님들에게 뱀가루를 판매하면서 그들의 증상에 대하여 듣고 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내보이게 한 후 뱀가루를 복용할 것을 권유하였을 뿐 병상이나 병명이 무엇인지를 규명하여 판단하거나 설명을 한 바가 없는 경우, 그 행위는 뱀가루 판매를 용이하게 하기 위한 부수적인 행위에 해당할 뿐 병상이나 병명을 규명·판단하는 진찰행위에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 의료행위에 해당하지 않는다. 다만 아파서 방문한 손님들에게 질병을 치료하는데에 효과가 있다고 하면서, 캡슐이나 약첩의 형태로 뱀가루를 80~160만 원의 고가에 판매한 것은 약사법 위반이다.

(4) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1352 판결

죽은 피를 빼내고 혈액 순환에 도움이 된다고 하면서 지네, 닭, 오리 등을 달여서 일명 “오공탕”을 조제하고 이를 200,000원에 판매한 것은 약사법 위반이다.

2) 침술(鍼術)

(1) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결

침을 이용하여 질병을 예방, 완화, 치료하는 한방의료행위를 의사가 시행한 경우 면허된 것 이외의 의료행위를 한 경우에 해당한다.

(2) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결

자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학 자격증을 취득하고 침술원을 개설한 경우 국가공인이 아닌 민간자격증을 취득한 것만으로는 자신의 행위가 무면허 의료행위에 해당되지 않아 죄가 되지 않는다고 믿는 것에 정당한 사유가 있었다고 할 수 없다.

(3) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결

외국에서 침구사 자격을 취득하고 국내에서는 침술 면허 또는 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침

수준을 넘어 체침을 시술하였다면 무면허의료행위에 해당한다.

(4) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결

침술행위는 생리상, 보건위생상 위험이 있을 수 있는 행위임이 분명하므로 의료법상 한의사의 의료행위에 포함된다.

(5) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도1297 판결

시각장애자 및 안마사가 행하는 의료행위로서의 침술행위는 허용되지 않는다. 외국에서 침사자격을 취득하였다고 하더라도 우리나라에서는 위 자격이 있다고 할 수 없다.

(6) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94도78 판결

현행 의료법상 한의사의 의료행위(한방의료행위)에는 당연히 침술행위가 포함된다고 할 것이므로, 면허 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위에 해당되어 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조에 의하여 처벌되어야 할 것이다.

(7) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1892 판결

의료법에서 정한 의료인이 아닌 자가 질병치료를 위하여 인체에 별침, 측뚃 등의 시술행위를 하였다면 그것이 의료기구 또는 의약품에 해당하는지 여부나 실제로 효험이 있는지 여부에 관계없이 이는 금지된 의료행위를 한 것과 다름없다.

(8) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결

면허 또는 자격 없이 수지침 시술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조에 의하여 처벌되어야 한다. 다만 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이며, 수지침 시술행위는 이에 해당한다.

3) 구술(灸術)

(1) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1892 판결

의료법에서 정한 의료인이 아닌 자가 질병 치료를

위하여 인체에 별침, 쑥뜸 등의 시술행위를 하였다면 그것이 의료기구 또는 의약품에 해당하는지 실제로 효험이 있는지와 관계없이 이는 금지된 의료행위를 한 것과 다름없다.

(2) 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432 판결

돌 등이 들어있는 스테인레스 용기를 천과 가죽으로 덮은 찜질기구를 가열하여 암 등 난치성 질환을 앓는 환자들에게 건네주어 환부에 갖다 대도록 한 행위는 명백히 암 등 난치성 질환이라는 특정 질병에 대한 치료를 목적으로 한 것이고, 이를 장기간 사용할 경우 피부 등에 화상을 입거나 암 등 난치성 질환을 앓고 있는 환자의 신체에 다른 부작용이 일어날 가능성이 있으므로, 이러한 치료행위는 의학상 전문지식이 있는 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위(의료행위)에 해당한다.

4) 부항(附缸), 사혈(瀉血)

(1) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결

찜질방 내에 침대, 부항기 및 부항침 등을 갖추어 놓고 찾아오는 사람들에게 아픈 부위와 증상을 물어본 다음 양손으로 아픈 부위의 혈을 주물러 근육을 풀어주는 한편, 그 부위에 부항을 뜬 후 그곳을 부항침으로 10회 정도 찌르고 다시 부항을 뜨는 방법으로 치료를 하여 주고 치료비 명목으로 15,000원 또는 25,000원을 받은 경우, 이러한 행위는 의료행위에 해당한다.

(2) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4783 판결

심천사혈요법에 대한 강의를 하면서 수강생들을 상대로 직접 시술하지 않고 수강생들이 자신 또는 상대방에게 이를 시술하였더라도, 수강생들이 강의내용에 따라 피고인의 지시와 통제를 받는 상황에서 시술하였고 이와 관련하여 피고인이 수강료 등을 받았다면 구 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반죄가 성립한다.

5) 추나(推拿), 지압(指壓), 마사지(Massage), 마찰요법(摩擦療法)

(1) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2807 판결

기공원이라는 간판으로 척추교정원을 운영하면서 찾아오는 환자들에게 그 용태를 묻거나 엑스레이 필름을 판독하여 그 증세를 판단한 것은 진찰행위에 해당한다

고 할 것이고, 이에 따라 척추 등에 나타나는 불균형상태를 교정한다고 하여 손이나 기타 방법으로 압박하는 등의 시술을 반복 계속한 것은 결국 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 해당한다. 정부 공인의 체육 종목인 '활법'의 사회체육지도자 자격증을 취득한 자라 하여도 자신의 행위가 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿은 데에 정당한 사유가 있었다고 할 수 없다.

(2) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결

중국한약국 건물 1층에서 내원한 환자들에게 한약을 조제해 주면서 3층에서 활기도기공마사지 치료를 받고 갈 것을 권유하고, 안마사 자격인정을 받지 않은 자가 3층으로 올라온 환자들을 침대에 엮드리게 한 다음 손바닥으로 어깨, 등, 목 등의 환부를 문지르고, 손가락을 이용해 뼈와 뼈 사이를 누르면서 지압을 하거나, 팔꿈치, 무릎, 다리를 이용하여 전신을 폼다 오므렸다가 하는 등의 방법으로 물리적 시술을 하였으며, 무료 활기도기공마사지 시술은 중국한약국의 매출 증진이라는 영리와 직접적으로 결부되었다. 안마사 자격 없이 안마행위를 한 것은 구 의료법 제67조, 제61조 제1항, 제70조에 위반된다.

(3) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결

안마나 지압의 경우 단순한 피로회복을 위해 시술하는 것을 넘어서 신체에 상당한 물리적 충격을 가하는 방법으로 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 의료행위에 해당한다.

(4) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결

지압서비스업소에서 근육통을 호소하는 손님들에게 엄지손가락과 팔꿈치 등을 사용하여 근육이 뭉쳐진 허리와 어깨 등의 부위를 누르는 방법으로 근육통을 완화시켜 준 행위는 의료행위에 해당하지 않는다.

(5) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298 스포츠 마사지

의료인이 아닌 자가 두통, 생리통, 척추디스크 등을 호소하며 찾아온 사람들을 상대로 증상과 통증 부위, 치료경력 등을 확인한 다음 회원카드에 이를 기재하여 관리하고, 손님의 질병 종류에 따라 손을 이용하거나 누워 있는 손님 위에 올라가 발로 특정 환부를 집중적

으로 누르거나 주무르거나 두드리는 방법으로 길게는 1개월 이상 시술을 하고 그 대가로 일정한 금액을 받았다면, 이러한 행위는 단순한 피로회복을 위한 시술을 넘어 질병의 치료행위에까지 이른 것으로 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있는 의료행위에 해당할 뿐만 아니라 영리를 목적으로 한 행위로 보아야 한다.

(6) 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결

안마나 지압의 경우 단순한 피로회복을 위해 시술하는 것을 넘어서 신체에 상당한 물리적 충격을 가하는 방법으로 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 의료행위에 해당한다.

(7) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1352 판결

기를 강화하거나 조절하는 방법으로 질병을 치료할 수 있다고 하여 약 21일간의 기간을 정해 기를 넣어 주는 기공술을 시행하고, 척추 등에 질병이 있는 환자의 환부를 한 번에 1시간 정도 때로는 환자가 통증을 약간 느끼는 정도로 손으로 두드려 치료행위를 하면서 그들이 운영하는 생활기공협회의 가입비 명목으로 치료비를 받았다면 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄에 해당된다.

(8) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083 판결

암환자 등을 대상으로 통증부위 및 경락부위에 홍화기름을 바르고 물소뿔, 옥돌 등으로 피부를 문지르는 팔사요법 유사 시술행위는, 인체의 경혈, 경락, 경피 및 경근에 관한 전문지식 없이 부적절하게 시행되면 통증과 상처를 남기는 등의 위해가 발생할 수 있으며, 특정한 기구로 환자의 통증부위나 경락부위를 집중적으로 긁으면 그 부위 피부가 약간 붉게 변색되는 경우도 있고, 이를 부적절하게 계속 시행하면 위해의 발생이 충분히 예견된다는 점 등을 종합하면, 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제25조의 ‘의료행위’에 해당한다.

3. 무면허 한방의료행위 처벌의 판례 분석

1) 한약(韓藥)

한약을 처방하기 위한 진료를 하였는가가 판단의 근

거이며 한의사 아닌 자가 한방의료행위를 하였을 때 문제가 된다. 의사의 소견서, 검사서와 함께 문진을 통해 종합적으로 환자의 상태를 파악하고 한약재를 선택한 경우(대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870), 문진과 절진(切診)으로 진단한 경우에는 의료행위로 보았다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531). 단순히 증상을 듣고 손바닥과 혀를 보고 구체적으로 판단하거나 설명을 하지 않은 경우에는 의료행위로 보지 않았으나, 이와 연계하여 판매한 뱀가루는 약사법상 의약품으로 보아 약사법 위반으로 판단하였다(대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328). 비교적 의약품의 범위를 넓게 인정하고 있다.

“의약품이라 함은 대한약전에 수재된 것으로서 위생용품이 아닌 것과 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·치치 또는 예방의 목적으로 사용되는 것으로서 기구기계가 아닌 것, 사람 또는 동물의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것으로서 기구기계나 화장품이 아닌 것을 모두 포함하는 개념인바, 위와 같은 의약품에 해당되는지 여부는 반드시 약리작용상 어떠한 효능의 유무와는 관계없이 그 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭 및 표시된 사용목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여 사회 일반인이 볼 때 한 눈으로 식품으로 인식되는 것을 제외하고는 그것이 위 목적에 사용되는 것으로 인식되고 혹은 약효가 있다고 표방된 경우에는 이를 모두 의약품으로 보아 약사법의 규제대상이 된다고 해석함이 상당하다”(대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328)

마찬가지 논리로 혈액 순환이 잘 된다고 하여 지네, 닭, 오리 등을 달여 오공탕을 판매한 경우에도 이를 약사법상 의약품으로 보았다(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1352).

2) 침술(鍼術)

침술행위에 대해서는 일반적인 의료행위에 관한 범리를 적용하여 “경우에 따라서 생리상 또는 보건위생상 위험이 있을 수 있는 행위임이 분명하므로 현행 의료법상 한의사의 의료행위(한방의료행위)에 포함된다”고 본 것과(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481), 한방의료행위의 개념을 적용하여 “침을 이용하여 질병을 예방,

완화, 치료하는 한방 의료행위”로 보고 한방 의료행위는 “우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위”로 정의하고 침술행위는 이에 속한다고 판단한 것(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572)이 있다. 그 외에 침구사 제도가 폐지되면서 침술행위는 당연히 한의사의 의료행위에 속한다고 본 판결도 있다. 이는 일제강점기에 도입된 침구사 제도가 1962년 국민의료법이 의료법으로 대체개정되면서 폐지되고 침술행위는 한의사의 의료행위로서 배타성을 가지게 되었다는 의미로 해석된다.(대법원 1994. 12. 27. 선고 94도78, 헌법재판소 전원재판부 1993. 11. 25. 90헌마209)

“종전에 자격을 취득한 침구사에게 배타적, 독점적인 침구술업권을 부여한 것이 아니라 위 침구사제도를 폐지하여 한의사가 의료행위로서 침구술행위를 할 수 있도록 하되 기존의 침구사의 기득권을 보호하기 위하여 이들 역시 침구술을 할 수 있도록 허용한데 지나지 아니한다고 볼 것인바 …… , 따라서 현행 의료법상 한의사의 의료행위(한방의료행위)에는 당연히 침술행위가 포함된다 할 것이므로”(대법원 1994. 12. 27. 선고 94도78)

한편, 외국에서 침구사자격을 취득하였지만 국내 자격이나 면허가 없는 경우에도 무면허의료행위로 본다.(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결, 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도1297)

3) 구술(灸術)

구술행위는 의료행위로 보아 의료인이 아니면 시행할 수 없는 것으로 보았다. 따라서 의료인 아닌 자가 질병치료를 위한 쑥뜸 시술행위를 하였다면 이는 처벌 대상이 된다.(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1892) 또한 돌이 들어 있는 찜질기구를 가열하여 환부에 대도록 하여 압 등 난치성 질환 치료 목적으로 시술한 경우에는, 이를 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 간주하였다.(대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432)

4) 부항(附缸), 사혈(瀉血)

부항침으로 사혈하고 부항 시술을 한 것은 의료인이

행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 판단하였다.(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405) 다만 부항 시술행위가 보편화된 민간요법이므로 종합적으로 고려하여 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보아 위법성을 조각할 수 있는 여지를 남겨 두었다.

“부항 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵고, 다만 개별적인 경우에 그 부항 시술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.”(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405)

심천사혈요법의 경우 의료행위 일반론을 적용하여 처벌하였다. “의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 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 행위를 의미”한다고 하였다.(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4783)

5) 추나(推拿), 지압(指壓), 마사지(Massage), 마찰요법(摩擦療法), 기공(氣功)

활법으로 행해지는 척추교정은 의료행위이므로 의료인이 행하지 않으며 사함의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 것으로 판단하였다. 다만 사람의 정신적, 육체적 고통을 해소해 주는 모든 행위를 의료행위로 보아 규제하는 것은 과잉규제라는 인식을 보여주고 있다.(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2807, 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942)

“이른바 '대체의학'이 사람의 정신적, 육체적 고통을 해소하여 주는 기능이 전혀 없지 아니하다 하여도, 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 의료행위는 처벌하여야 할 필요가 있다.”

안마의 경우에는 의료법에 안마사의 자격이 명시되어 있고 자격 없는 자가 안마시술을 한 경우 처벌을 받게 된다. 여기에서 안마는 “안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 멎쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위”라고 보았다.(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531) 따라서 근육통을 호소하는 손님들에게 엄지손가락과 팔꿈치를 이용하여 허리와 어깨를 눌러서 근육통을 완화한 정도로는 “의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명이나 신체 또는 일반 보건위생에 위험을 초래할 우려가 있는 행위가 아니므로” 의료행위로 인정하지 않았다.(대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541) 그러나 안마나 지압 시술이 단순한 피로회복을 위한 것이 아니고 신체에 대해 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 질병의 치료행위에까지 이른다면 의료행위로 판단하고 있다.(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542, 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298, 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807) 마찬가지로 기공술 시행과 더불어 척추 등에 질병이 있는 환자의 환부를 한차례에 1시간 가량 때로는 환자가 환부에 약간의 통증을 느끼게 될 정도로 손으로 두드리는 방법으로 치료행위를 한 것은 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생하게 할 우려가 있는 의료행위에 해당한다고 보았다.(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1352)

팔사요법 유사 시술행위의 경우에는 전문적인 지식 없이 부적절하게 실시할 경우 환자에게 통증과 상처를 남기는 등의 보건위생상 위해가 생길 우려가 있어 의료행위에 해당한다고 판단하였다.(대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083) 다만 재판부가 이 사건의 시술행위에 대해 의견을 듣기 위해 전문가 집단으로 한의학 관련 단체인 대한한의학회와 한의외치체형학회(한의외치체형학회의 오기로 추정됨)를 선택한 것은 팔사요법이 한방의료행위 영역에 있는 것으로 인식한 것이 아닌가 생각한다.

4. 무면허 한방의료행위 처벌에 관한 고찰

1) 의료법과 보건범죄 단속에 관한 특별조치법의 제정

일제 강점기의 조선의료령이 1951년 국민의료법이

제정될 때까지 효력을 발휘하였고, 이때 의사출신 국회 의원과 한의사 제도 부활을 지지하는 국회의원, 공공의료 문제를 해결해야 하는 공무원 등이 법안을 심사하였다¹⁰⁾. 1951년 5월 7일 제안된 국민의료법 의안의 제안 이유를 보면 일제 강점기에 제정된 법이 현실에 맞지 않고 선진국의 원조를 받고 있어 체면이 손상되었으며, 전쟁으로 인한 피해를 회복하기 위한 의료대책이 시급하다고 하였다¹¹⁾. 전쟁이 끝나고 의료의 수요는 늘었으나 의료서비스가 이를 감당할 수 없었기 때문에 면허 없이 의료행위를 하거나 약을 처방하는 경우가 많았다. 이주연¹²⁾은 이 시기 무자격자들의 의료행위가 계속될 수 있었던 원인으로 전국적인 의료시설과 인력부족, 어려웠던 경제적 사정, 빈번했던 의료인의 면허 대여, 미약했던 처벌을 지적하고 있다.

침구사의 경우 국민의료법 제59조 규정에 의한 의료유사업자령(1960. 11. 28. 보건사회부령 제55호)에 의해 규정되었으나, 이후 국민의료법이 1962년 의료법(1962. 3. 20. 법률 제1035호)으로 대체 개정되면서 그 제도가 폐지되고 부칙으로 기존에 자격을 취득한 의료유사업자로서 침사와 구사는 계속 시술을 할 수 있도록 되었다. 다만 의료유사업자령 제13조에 “침사 및 구사가 시술행위를 할 때에는 한의사의 지시를 받아야 한다”고 되어 있어 문언 상으로는 침사와 구사가 한의사의 지도·감독을 받도록 되어 있었음을 확인할 수 있고, 침구시술행위는 한의사의 업무영역임을 분명히 알 수 있다. 침사와 구사는 개설허가를 받아 시술소를 개설할 수 있었기에 현재의 의료기사의 개념과 일치하는 것은 아니라 하겠다.

보건범죄단속에관한특별조치법(1969. 11. 5. 법률 제2137호)의 제안이유는 “부정식품·부정의약품·부정독극물사범 및 부정의료업자에 관한 단속을 강화하기 위한 것”¹³⁾이라고 하였다. 제5조에 “영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 10만원이상 100만원이하의 벌금을 병과한다”고 되어 있다. 당시 의료법(1965. 5. 24. 법률 제1690호) 제25조 무면허자의 의료업무금지를 위반한 벌칙이 5년이하의 징역 또는 10만원이하의 벌금인 것과 비교하면 부정의료업자에 대하여 가중처벌하는 것임을 알 수 있다. 비록 의료통제를 위한 국가의 과도한 개입이라는 지적이 있지만 이는 의료수급정책을 마련하지

않고 단속위주로 행정을 펼쳤던 것에 대한 비판이다¹⁴⁾.

이러한 무면허의료업자에 대한 처벌은 현재까지 이어지고 있으며 현행 의료법(2018. 11. 15. 법률 제 15716호) 제27조 제1항 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”의 규정과 함께 여전히 의료법상 최고의 벌칙인 5년이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금을 가하고 있다. 영리목적이 더해진다면 현행 보건범죄 단속에 관한 특별조치법(2017. 12. 19. 법률 제 15252호)에 따라 무기 또는 2년 이상의 징역과 함께 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금에 해당하는 처벌을 받게 된다.

2) 의료행위의 개념과 죄형법정주의

의료법과 보건범죄단속법은 보건의료행정질서라는 측면에서 행정법의 특성을 가지며, 무면허의료행위의 처벌이라는 입장에서 형법의 특성을 가진다. 특히 자유형과 재산형이 모두 규정되어 있는 처벌규정은 형벌로서 형법의 일반 원칙을 따르게 된다. 형법(2018. 12. 18. 법률 제15982호) 제1조 제1항 “범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다”라는 조항은 형법의 기본원리로서 죄형법정주의를 규정한 것이다. 도덕적으로 비난 받을 수 있는 행위라도 법에 범죄로 규정되어 있지 않은 이상 국가가 처벌할 수 없다는 뜻이며, 동시에 국민이 법에 따라 무엇을 해도 되고 무엇을 하면 안 된다는 행위준칙으로 삼을 수 있다는 의미이다. 일반적으로 죄형법정주의의 내용으로 법률주의, 소급효금지의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙을 든다¹⁵⁾.

문제는 의료법에 명확하게 의료행위의 개념이 주어지지 않다는 것이다. 무면허의료행위를 한 사람을 처벌하기 위해서는 무엇이 의료행위인지 알 수 있어야 하는데 의료법 제27조 제1항에 규정된 ‘의료행위’를 특정할 수 있는 내용이 나와 있지 않다. 이는 “어떠한 행위가 이러한 형벌의 대상인가에 대해서는 개념규정하지 않고 일정한 행위위반만을 형사적으로 처벌하는 것”¹⁶⁾이므로 명확성의 원칙에 위배된다는 것이다. 게다가 판례에 따르면 의료행위는 “의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870)이고 추상적 위험의 존재로도 무면허의료업자를 처벌할 수 있다¹⁷⁾.

“무자격자가 행하는 의료행위의 위험은 추상적 위험으로도 충분하므로 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않았다 하여 사람의 생명, 신체 또는 공중보건상의 위해가 없다고 할 수는 없다.”(대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153)

의료법 제27조 제1항에서 의료인만이 의료행위를 할 수 있도록 규정하였으나 별도로 의료행위에 관한 상세한 규정이 없어서, 의료인 아닌 사람이 ‘한방의료행위’를 판단할 수 있는 근거가 명확하지 않다고 제기한 위헌소송에 대하여 헌법재판소는 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 하였다.(헌재 2017. 11. 30. 2017헌바217 결정) ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이라면 구체적으로 어떤 행위인지 판단할 수 있다는 것이다. 일반인이 한약을 처방하거나 침술을 행한 경우라던가, 한약조제 자격을 갖춘 약사가 맥을 짚고 증상을 물어보는 등의 진단행위를 한 것은 비교적 쉽게 파악할 수 있다. 하지만 현실적으로는 판례가 최종적인 가이드라인 역할을 할 수 밖에 없다. 건강원 운영자가 손님증상을 듣고 손바닥과 혀를 보았지만 병명을 판단하거나 이에 대한 설명을 하지 않았다면 이는 판매에 부수된 행위로 보았다.(대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328) 병명을 규명하고 판단하는 것이 진찰행위이고 이를 의료행위를 판단하는 기준으로 삼았다. 수지침 판결처럼 시술 행위는 무면허 한방의료행위에 해당되지만 사회상규에 의한 정당행위로 위법성이 조각되는 경우는 더욱 복잡하다.

건강관리와 질병치료의 사이는 명확하게 구분하기 힘들며, 질병치료의 영역이 의료인만의 것은 아니다. 하지만 국가로서는 국민건강을 보호·증진하고 생명 및 신체에 대한 위해를 방지하기 위한 의료정책을 운영할 의무가 있고, 이는 일반적으로 의료의 영역을 정하여 의료인만이 의료행위를 할 수 있게 하는 것으로 나타난다. 비록 무면허 의료업자 중에서도 능력이 있는 사람이 있을 수 있으나 일률적으로 그 능력을 판단할 수 없고, 더욱이 일반인이 이를 식별하여 의료서비스를 받는다는 것은 불가능하다. 따라서 면허를 가진 의료인만이 의료행위를 할 수 있도록 하는 것이 다른 대안이 없는 유일한 선택이라고 헌법재판소는 판단하고 있다.(헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌바101 결정; 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가7 결정, 헌재 2017. 11. 30. 2017헌바217 결정).

판례를 종합해보면, 의료행위는 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위”와 “의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라 할 수 있다. 한방의료행위에 대해서는 이해웅의 ‘한방의료행위의 법적 개념에 관한 연구’¹⁸⁾에서 논한 바 있는데, 한의약육성법의 정의에 기초한 ‘우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위’(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572)의 개념이 주로 사용되고 있다. 최근 분쟁이 심해지는 의사한의사 직역 갈등과 관련하여서는 ‘해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단해야 한다’고 한다.(서울행법 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945)

대법원 판례는 일관되게 의료행위와 한방의료행위에 대한 개념을 설명하고 있다. 헌법재판소 결정 또한 이를 뒷받침하고 있으며, 의료법 제27조 제1항의 규정이 명확성 원칙에 위배되지 않고, 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 한다. 그럼에도 불구하고 실질적으로는 의료법이 의료행위를 명확하게 규정하고 있지 못하여, 판단기준을 일반인이 사전에 예측할 수 있는 명확성의 원칙을 충족하지 못한 것¹⁹⁾, 의료행위 개념에 면허를 부여받은 의료인인가가 중요하게 작용하고 있는 신분주의²⁰⁾ 경향이 여전히 문제로 지적되고 있다.

특히 비의료인에 의한 침구술 및 대체의학 시술에 관한 입법부작위와 의료법 제27조 제1항에 대한 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하는지 여부, 직업선택의 자유 및 의료소비자의 의료행위 선택권 침해에 대한 위헌제청에 대한 심판 결과는 주목할 만하다.(2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합)) 이 결정에서 위헌 선언 정족수 6인에는 미달하였으나 4대 5로 위헌의견이 다수로 나왔던 것은 그동안 꾸준히 문제 제기되었던 사안에 대한 시대인식의 변화를 보여준다. 다수인 위헌의견에 따르면 침, 뜸, 자석요법 등 부작용의 위험이 낮고, 보건위생상 위해가 발생할 가능성이 낮은 시술에 대해서까지 의료인에게 독점시키는 것은 직업선택의 자유, 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하는 것이라고 하였다²¹⁾.

3) 형법 제20조 사회상규에 따른 정당행위

무면허 의료행위 판례 중에서 의료인 아닌 사람의

의료행위가 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하는지 판단하는 경우가 있다. 일반적으로 범죄가 성립하려면 그 행위가 형법에 규정된 조문인 구성요건에 해당하고(구성요건해당성), 전체 범질서에 위배되어야 하며(위법성), 그 행위자에 대해 비난가능성(책임)이 있어야 한다²²⁾. 따라서 구성요건에 해당하면 일단 위법하다고 할 수 있는데 일정한 경우에는 위법성이 없어진다고 하며 이때 위법성조각사유(違法性阻却事由)가 있다고 본다. 형법에 다섯 가지가 규정되어 있는데, 제20조 정당행위, 제21조 정당방위, 제22조 긴급피난, 제23조 자구행위, 제24조 피해자의 승낙이다.

“형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.”(형법 2018. 12. 18. 법률 제 15982호)

판례에서는 형법 제20조의 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 “범질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405, 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389)라고 하였으며, 학설도 대체로 동일하다²²⁾. 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 판단하기 위해서는 ‘구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단’해야 하며, 필요한 요건으로 판례는 다섯가지를 제시하였다. “첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성”이다.(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077, 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389)

개별 판례에서 구체적인 조건으로 제시된 것은 위에서 살펴본 판례 중에서 우선 ‘무면허자가 진찰하고 한약재를 처방한 사건’(대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870)이 있다. 면허나 자격이 없고, 통합의학에 대한 체계적인 연구가 부족하며, 치료효과에 대한 과학적 근거가 미비하므로 부작용과 위험발생 개연성이 적지 않을 것으로 판단된다고 하며, 이로써 “범질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”가 아니어서 위법성이 조각되지 않는다고 하였다. ‘외국에서 침구사 자격을 취득하고 국내에서 무면허 침술행위를 한 사건’(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077)

에서는 침술이 보편적인 민간요법이고 위험성이 적다는 것만으로는 사회상규에 위배되지 않는 정당행위라고 볼 수는 없으며, 개별적인 경우에 따라서 위험성의 정도, 일반인 시각, 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 지식수준, 시술경력과 피시술자의 나이, 체질, 건강상태 등을 종합적으로 고려한다고 하였다. ‘부항침으로 사혈하고 부항 시술을 한 사건’(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405)에서는 부항 시술행위가 체내의 혈액을 배출하는 것이므로 보건위생상 위해가 발생할 우려가 있어 사회통념 상 허용되는 행위가 아니라고 하였다. 즉 단순하게 어떤 기준에 따라 판단하기 보다는 “개별적인 경우에 그 시술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려”한다는 것이다. 이는 판례의 일관적인 태도이며 이로써 해당 행위가 법질서 전체의 정신과 사회통념 상 용인될 수 있는지 결정하는 근거가 된다. 특히 ‘수지침 사건’(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389)은 매우 드물게 정당행위로 인정된 사건²³⁾²⁴⁾이다. 도규엽은 수지침 시술이 의료전문성을 크게 요하지 않고 침해의 정도가 미약한 데 비해 효능이 있어 결과불법이 매우 약하다고 보았다²⁵⁾.

“수지침 시술행위도 위와 같은 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당하며(대법원 1996. 7. 30. 선고 94도1297 판결 참조), 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이나, 수지침은 위와 같이 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 침술의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위

배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.”(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389)

위에서 제시된 사회상규에 위배되지 않는 행위의 기본적 판단기준인 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 보충성을 무면허 한방의료행위에서 구체적으로 제시한 것과 비교해 보면 우선 긴급성과 보충성의 부분이 약화된 것을 볼 수 있다²⁶⁾. 사회상규가 쟁점이 된 위 판례에서는 무면허 한방의료행위의 특성상 긴급한 상황에 해당하는 경우가 없었으며, 기존 의료의 영역에서 포기한 때에만 보충성을 인정할 여지가 있을 수 있다. 보호이익과 침해이익과의 법익균형성을 판단하기 위하여 시술행위의 위험성과 함께 피시술자의 나이와 체질, 건강상태를 따져보는 것으로 생각된다. 다만 의료인이라는 신분이 없으므로 당연히 무면허 시술로 인정되는 법리에서 시술에 대한 지식수준이나 시술경력을 고려한다는 것은 의료인에 한하여 의료행위를 허용하는 정책과는 맞지 않다고 생각된다. 종합적으로 고려하는 개별 기준이 너무 많게 되면 판결의 일관성에 영향을 줄 수 있을 것으로 보인다.

5. 결론

이상과 같이 무면허 한방의료행위 처벌의 판례를 분석하고, 의료행위와 한방의료행위의 개념과 함께 무면허 한방의료행위 처벌의 법리에 대해 고찰하였다. 더불어 의료법과 보건범죄 단속에 관한 특별조치법의 제정 이유와 배경을 살펴보고 무면허 의료행위의 주요 쟁점 중 하나인 ‘죄형법정주의’와 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대해 정리하였다.

국민의료법은 일제 강점기에 제정된 조선의료령을 대체하여 우리나라에 맞는 의료정책을 수립하기 위한 기초로서 제정되었다. 전쟁에도 불구하고 신속하게 의료환경을 개선하기 위한 노력의 결과물이며 이로써 한방과 양방의 이원화 의료체계가 갖추어 졌다. 1962년 의료법으로 개정되었고 이원화 체계에서 의료인에 의한 의료행위만을 허용하는 정책이 이어졌다. 1969년 제정된 보건범죄단속에관한특별조치법은 부정식품·부정약품·부정독극물사범 및 부정의료업자에 관한 단속을 강화하기 위하여 제정되었고 의료의 영역에서는 무면허 의료업자에 의한 국민 건강의 위해를 방지하는

역할을 하였다.

무면허 한방의료행위 처벌의 판례에서 근거로 삼는 의료행위 개념은 ‘의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 기타 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’이다. 무면허 한방의료행위 처벌의 판례에서 한방의료행위 개념을 사용한 것도 있는데 ‘우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위’ 개념이 주로 사용되었고, 침술과 구술행위를 당연하게 한의사의 의료행위 영역으로 판단한 것도 있다.

드물지만 무면허 의료행위 판례 중에서 의료인 아닌 사람의 의료행위가 형법 제20조 사회상규에 따른 정당행위에 해당하는지 판단하는 경우가 있다. 이는 비록 무면허 의료행위가 법률상 구성요건에 해당하지만 시술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 위법하지 않은 것으로 판단할 수 있다는 것이다. 비록 인정되는 경우가 거의 없지만 판단하는 기준을 양적으로 줄이고 판단기준을 조금 더 명확하게 하면 좋을 것이다.

무면허 한방의료행위의 처벌을 위해서는 의료행위 더 나아가 한방의료행위의 개념이 명확하게 규정되어야 한다. 현재 국가주의 및 의료통제 체계에서 나오는 의료인 중심 의료행위 개념에서 벗어나 앞으로 탈의료화와 함께 의료공급자와 소비자의 동반 의료거버넌스, 건강관리중심 의료환경 시대를 담아낼 수 있는 개념으로 나가는 것이 중요하다.

참고문헌

1. 정도희. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 유형과 법률의 착오. 의료법학. 2010;11(1):245
2. 김한나, 김계현. 유사의료행위에 관한 법적 검토. 의료법학. 2009;10(2):433
3. 김재윤. 무면허 대체의료행위의 형사법적 책임-대법원 2005.4.29, 2004도7412 판결-. 비교형사법연구. 2006;8(1):33-39.

4. 김한나, 김계현. 유사의료행위에 관한 법적 검토. 의료법학. 2009;10(2):427-453
5. 고시면. 침사 혹은 구사 등의 자격증만 가지고 ‘침’, ‘뜸’ 혹은 ‘혈자리 자석’ 등을 종합시술하는 ‘대체의학’ 등을 통한 무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 ‘의료법’ 및 ‘보건범죄단속에관한특별조치법’ 등의 위헌 여부에 관한 연구. 사법행정. 2010;51(10):2-12.
6. 李承培. 砮施術 行爲의 醫療刑法的 考察. 碩士學位論文. 高麗大學校 法務大學院. 2010.
7. 법제처 국가법령정보센터 (<http://law.go.kr>)
8. 대법원 종합법률정보 (<https://glaw.scourt.go.kr>)
9. 헌법재판소 헌법재판정보 (<http://search.court.go.kr>)
10. 이주연. 의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제: 1950~60년대 무면허의료업자와 의료업자의 실태를 중심으로. 의사학. 2010;19(2):390.
11. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=000501>(accessed 2019.04.02.)
12. 이주연. 의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제: 1950~60년대 무면허의료업자와 의료업자의 실태를 중심으로. 의사학. 2010;19(2):397-399.
13. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=006924> (accessed 2019.04.02.)
14. 이주연. 의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제: 1950~60년대 무면허의료업자와 의료업자의 실태를 중심으로. 의사학. 2010;19(2):423-424.
15. 이재상, 장영민, 강동범. 형법총론. 제8판. 서울: 박영사. 2015:14-32.
16. 정도희. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 유형과 법률의 착오. 의료법학. 2010;11(1):245.
17. 이상돈, 김나경. 의료법 강의. 3판. 경기:법문사. 2017:49.
18. 이해웅. 한방의료행위의 법적 개념에 관한 연구. 대한예방한의학회지. 2017;21(2):45-53.
19. 선종수. 의료법상 의료행위의 개념과 그 판단기준-대법원 2016.7.21. 선고 2013도850 전원합의체 판결을 중심으로-. 원광대학교 법학연구소 『의생명과학과 법』. 2017:17:28.
20. 이상돈. 무면허의료행위죄 - 현황, 구조, 한계, 대안. 고려법학. 2003:40:161.
21. 이해웅. 한방의료행위의 법적 개념에 관한 연구. 대한예방한의학회지. 2017;21(2):48.

22. 이재상, 장영민, 강동범. 형법총론. 제8판. 서울: 박영사. 2015:69-70.
22. 金聖天, 全大寧. 무면허 의료행위에 있어서 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 판단기준. 중앙대학교 법학논문집. 2009:33(2):146.
23. 金聖天, 全大寧. 무면허 의료행위에 있어서 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 판단기준. 중앙대학교 법학논문집. 2009:33(2):142.
24. 이상용. 형법 제 20조 사회상규 관련 판결사안의 유형화의 시도-2002년부터 2007년 6월까지의 판결을 대상으로-. 형사정책연구. 2007:18(3):139
25. 도규엽. 무면허 의료행위의 사회상규 위배 여부 판단요소. 비교형사법연구. 2017:19(2):84.
26. 도규엽. 무면허 의료행위의 사회상규 위배 여부 판단요소. 비교형사법연구. 2017:19(2):77-79.