

문신시술의 비범죄화에 대한 비판적 검토와 대안

심영주* · 이상한**

I. 시작하며

II. 문신시술 관련 규제 체계

1. 문제의 소재
2. 문신의 의미와 종류
3. 의료행위의 의미와 문신시술의 의료행위성 여부
4. 검토 및 분석

III. 문신시술 관련 현황 분석 및 검토

1. 문신에 대한 인식변화와 현황
2. 현행 법제하에서의 해석을 통한 해결 가능성 여부 검토
3. 대안 제시-단계적 접근을 통한 해결

IV. 끝마치며

I. 시작하며

우리나라 법제는 비의료인에 의한 의료행위를 엄격히 금지하고 있다. 의료행위의 특성상 인체에 대한 침습성을 전제로 하고 있는 경우가 많아 전문가적 지식에 따라 하도록 되어 있는 것이다. 그런데 이와 관련하여 문신시술 관련 문제가 등장한다. 문신은 이전에 비해 대중성이 높아졌고, 개성의 표현 등으로 인식되고 있는 경향을 보이면서 특히 문제가 되고 있다. 현행법 체계와 해석에 따르면 문신시술은 의료행위에 해당하고, 그렇기 때문에 문신시술은 의료인에 의해서 행해져야 하며, 그렇지 않은 경우 모두 위법행위가 된다. 그러나 현실적

* 논문접수: 2022. 3. 16. * 심사개시: 2022. 3. 18. * 게재확정: 2022. 3. 28.

* 제1저자, 인하대학교 법학전문대학원 초빙교수, 법학박사(yjshim@inha.ac.kr).

** 교신저자, 충북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사(strange7@daum.net).

으로 문신시술을 의료인에 의해 받는 경우가 매우 드문 것으로 보고되고 있다. 실제 전국에서 문신시술을 하는 의료인은 거의 없다고 하며, 문신을 한 사람들은 의료기관이 아닌 곳에서 비의료인에게 시술을 받은 경우가 대다수라고 한다. 이러한 현실속에서 문신시술을 업으로 하고 있는 비의료인들이 범죄자가 되고, 그들의 직업선택의 자유가 침해되고 있다는 주장이 제기되고 있으며, 양성화되지 않은 제도 탓에 음성적으로 행해지는 중에 시술대상자가 감염될 우려도 있다. 이에 보건의료적 관점에서 안전성을 고려하면서도, 사실상 의료인에 의해 행해지는 문신시술이 많지 않은 현실을 고려하여 비의료인에 의한 문신시술을 제도화하는 방안 등에 대해 전향적으로 생각을 해 볼 필요가 있다. 본고는 이러한 관점에서 문신시술이 의료행위에 해당하는지 법제를 검토하고, 보건의료적 관점에서 문제가 된다면 이를 해결하기 위한 방안을 모색하여 현실을 반영하면서도 안전성을 도모할 수 있는 대안을 제시해 보고자 한다.

II. 문신시술 관련 규제 체계

1. 문제의 소재

법령에서 무엇인가를 규제하는 경우, 용어에 대해 명확히 정의내리고 규제하는 것이 일반적이다. 특히 규제하고자 하는 행위에 대해 위반시 형사제재를 하게 될 경우에는 명확성의 원칙을 충족해야 한다. 그런데, 의료행위가 무엇인지, 그리고 문신시술이 의료행위에 포함된다고 명확하게 정의하고 있는 법률은 존재하지 않는다. 다만, 판례가 문신시술이 「의료법」 상 의료행위에 해당한다고 해석하고 있고, 「의료법」 상 의료행위는 자격이 없는 비의료인에 의해 행해질 경우 무면허의료행위로 처벌받기 때문에, 이와 같은 해석에 따르면, 문신시술이 의료인에 의해 행해지지 않으면 범죄행위가 된다. 그런데 문제는 현실적으로 대부분의 문신시술이 비의료인에 의해 행해지고 있어 현행법체계와 해석상 법 위반이 되고 있다는 점이다. 이하에서는 관련 규제 체계에 대해 살펴보

고 판례의 입장을 정리해 보는 것을 통해 비의료인에 의한 문신시술의 비범죄화가 가능할 수 있을 것인지에 대해 판단해 보고자 한다.

2. 문신의 의미와 종류

‘문신’이란 사전적으로 살갓을 바늘로 찢러 먹물이나 물감으로 글씨, 그림, 무늬 따위를 새김 또는 그렇게 새긴 것을 말하는 것으로 정의¹⁾되지만, 실제로 있어 그 방법과 형태는 매우 다양하다. 고유한 의미의 문신은 진피에 물감을 새겨 반영구적으로 지워지지 않게 하는 형태로 이루어지는 것을 말한다. 그리고 반흔문신은 색소를 사용하지 않고 피부에 흠집을 내는 방식으로 옴폭 파이거나 볼록 솟아오르게 한 흔적으로 무늬를 새기는 방식이고, 나뭇조각이나 침 등을 사용하여 피부에 상처를 내고 염료를 문질러 배게 하는 방식의 문신도 있다.²⁾ 이러한 고유한 의미의 문신방식과 반흔문신 방식은 색소(염료)를 사용하느냐 아니냐의 차이가 있을 뿐, 신체에 대한 침습이 가해진다는 점에서는 동일하다. 따라서 반흔문신도 고유한 의미의 문신처럼 신체에 대한 침습성 때문에 의료행위성 여부가 문제될 수 있을 것이다. 그런데 이와는 달리 헤나문신이라 불리는 형태는 문신이라는 용어와 결합되어 사용되기도 하지만, 피부를 뚫지 않은 채 헤나의 잎사귀로 피부의 겉을 물들이는 방식으로 이루어지는 것이기 때문에, 앞에서 언급한 다른 형태의 문신에 비해 지속기간도 매우 짧고, 피부 겉에 행해진다는 점에서 위험성이 낮다고 할 수 있어 의료행위성 여부는 문제될 여지가 거의 없다고 할 수 있다.

한편, 반영구 화장의 경우, ‘화장’이라는 표현을 사용하고 있고, 시술 범위가 미용성형에 활용되는 국소적인 부분이라는 점과 반영구적이라는 점에서 신체 전체를 시술 범위로 하고, 유지기간이 거의 영구적인 일반적 의미의 문신과는 차이가 있지만, 바늘을 사용하여 시술이 이루어진다는 점에서 침습성이 있기

1) 국립국어원 표준국어대사전 (<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?pageSize=10&searchKeyword=%EB%AC%B8%EC%8B%A0> , 2022.03.01. 최종방문).

2) 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 전원재판부.

때문에 고유한 의미의 문신과 같이 의료행위성 여부가 문제될 수 있다.

<표 2-1> 문신과 반영구 화장, 헤나문신 비교³⁾

구분		문신	반영구 화장	헤나
유지기간		거의 영구적	반영구적(6개월~5년 지속)	2~3주
시술범위		신체 전체	눈, 코, 입술 위주의 얼굴 (미용성형에 활용되는 국소부분)	신체 전체
바늘	굵기	1~2mm	0.15mm	-
	재사용 여부	소독 사용	-	
	일회용 여부	경우에 따라	○	
주입	깊이	1~2mm	0.08~0.15mm	피부 표면
	피부 두께 상 위치	진피층 밑	표피층 하부와 진피 상부층 사이	
사용 색소		타투용 잉크, 다양한 색소	매우 다양한 색소	헤나 추출물
시술 장소		타투숍	미용실, 의원원, 반영구 화장숍 등	- 헤나타투숍 - (혼자 하는 경우) 집
시술 후 관리		- 수정 어려움 - 레이저등으로 지울 수 있으나 흉터 남음 - 커버업 방식을 통해 기존 문신보다 넓은 범위 (2~3배 크기)로 새로운 시술 가능	보강, 수정 가능	-

3. 의료행위의 의미와 문신시술의 의료행위성 여부

문신 또는 문신 시술에 대해 명확하게 정의하고 규율하고 있는 법률은 존재

3) 김춘진, 『문신사 합법화의 필요성과 정책방향』, 2007 국정감사 정책자료집, 14면; 홍형선, 타투업법안 검토보고, 2021. 11., 6면 자료 내용을 토대로 재구성.

하지 않는다. 다만, 판례는 「의료법」 상 의료행위에 문신시술이 해당한다고 해석하고 판시하고 있으며, 이에 따라 문신시술이 비의료인에 의해 행해질 경우 무면허의료행위로 처벌받게 되어 있다. 또한 이러한 행위를 영리를 목적으로 하여 업으로 하는 경우에 보건의범죄를 규율하는 특별법에 의해 가중처벌 받는다. 한편, 미용업을 하는 사람들에 대해서도, 이들이 문신을 행할 경우 행정처분의 대상이 되도록 규정하고 있다. 이하에서는 문신시술이 의료행위라고 보고 있는 판례의 입장에 따라 이에 대한 근거 규정이 되는 법제를 살펴보고, 의료행위가 무엇인지에 대해 판시한 판례와 문신시술의 의료행위성에 대해 판시한 판례에 대해 살펴본다.

가. 관련 법제

(1) 「의료법」에 의한 규율

의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없도록 되어 있고, 의료인이라 하여도 면허된 범위 이외의 의료행위를 할 경우 법 위반이 된다.⁴⁾ 한편, ‘누구든지’ 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하도록 하는 행위를 금지하고 있다.⁵⁾

(2) 「보건의범죄 단속에 관한 특별조치법」⁶⁾에 의한 규율

「의료법」 상 무면허의료행위금지 규정을 위반하여 ‘영리’를 목적으로 의사가 아닌 사람이 의료행위를 ‘업’으로 한 경우 징역형과 함께 벌금형을 병과하는 규정을 두고 있다.⁷⁾

4) 「의료법」 제27조 제1항.

5) 「의료법」 제27조 제5항. 이 조문은 2019년 4월 23일 신설된 것으로, 2020년 12월 29일 일부개정을 통해 신설 당시에는 ‘의료인, 의료기관 개설자 및 종사자’를 대상으로 하였으나, 개정을 통해 ‘누구든지’로 범위를 확대하였다.

6) 이하 「보건의범죄단속법」이라 한다.

7) 「보건의범죄단속법」 제5조 제1호.

(3) 「공중위생관리법」에 의한 규율

공중위생영업은 다수인을 대상으로 위생관리서비스를 제공하는 미용업에 대해 규율하는 규정을 두고 있다. 이에 따르면, 미용업이란 ‘손님의 얼굴, 머리, 피부 및 손톱·발톱 등을 손질하여 손님의 외모를 아름답게 꾸미는 영업’을 말하는데, 일반미용업과 피부미용업, 화장·분장 미용업으로 나누어 규정한다. 모두 의요기구나 의약품을 사용하지 않고 눈썹손질 등을 하는 영업을 포함한다.⁸⁾ 이들 미용업자들은 공중위생영업자로 위생관리의무를 부담하게 되는데,⁹⁾ 의요기구나 의약품을 사용하지 않는 순수한 화장 또는 피부미용을 하면서, 이에 사용하는 미용기구는 소독을 한 기구와 소독을 하지 않은 기구로 분리하여 보관 관리하도록 되어 있다.¹⁰⁾ 이를 준수하지 않을 경우 영업의 정지 등을 당할 수 있다.¹¹⁾ 한편 동법 시행규칙은 별표4에서 미용업자에 대해 ‘점빼기·긁볼뚫기·쌍꺼풀수술·문신·박피술 그 밖에 이와 유사한 의료행위를 하여서는 안된다.’고 하고, 피부미용을 위해 관련 규정에 따른 의약품 또는 의요기구를 사용할 수 없도록 하고 있다. 이를 위반한 경우 행정처분을 받게 된다.

나. 판례

관련된 판례로는 넓게는 무면허의료행위가 문제된 사안에서 의료행위가 무엇인지 판시한 것을 볼 수 있으며, 좁게는 사안별 문제되는 행위 중 문신시술의 의료행위성에 대해 판시한 판례로 나뉘어 살펴볼 수 있다. 한편, 「보건범죄단속법」의 가중처벌 요건이 되는 구성요건으로 비의료인이 의료행위를 업으로 하는 것은 문신시술이 의료행위라는 것을 전제로 하여 판단하는 것이기 때문에, 문신시술의 의료행위성 해당 여부에 대한 판단은 가장 핵심적인 요소이다. 문신시술이 의료행위에 해당하는지 여부를 판단하려면, 의료행위가 무엇인지에 대해 먼

8) 「공중위생관리법」 제2조 제1항.

9) 「공중위생관리법」 제4조.

10) 「공중위생관리법」 제4조 제4항 제1호 내지 제2호.

11) 「공중위생관리법」 제11조.

저 파악해야 한다. 그리고 의료행위에 문신시술이 해당한다는 전제에서 이를 비의료인이 업으로 할 경우 가중처벌하는 것이 「보건범죄단속법」 위반 사례이므로, 먼저 의료행위에 대한 판례의 입장을 살펴보고, 문신시술에 대한 판단이 있는 판례를 살펴본 후, 「보건범죄단속법」 위반 내용을 살펴볼 필요가 있다.

(1) 의료행위에 대한 개념 정의 판단 관련 판례

대법원은 질병의 예방 또는 치료행위에 해당하는 경우 의료행위라고 판시한 바 있다. 이에 따르면 미용성형수술은 질병의 예방 또는 치료행위에 해당하지 않기 때문에 ‘곰보수술, 눈쌍꺼풀, 콧날세우기등’과 같은 수술은 일반의사에게만 허용된 「의료법」 소정의 의료행위라고 단정할 수 없다고 한다.¹²⁾ 그러나 여기에서의 치료행위는 사회통념에 비추어 의료행위를 판단하게 될 때, 고정적인 개념이 될 수 없다. 의학과 의료기술 등의 발전에 따라 유동적인 개념으로 어떤 구체적 행위가 치료행위에 해당하는지 여부를 판단할 때 사회통념에 비춰 결정하게 되는 것이다.¹³⁾ 앞에서 언급한 미용성형수술이 질병의 예방과 치료에 관한 것이 아님을 이유로 「의료법」 소정의 의료행위라고 단정할 수 없다고 판시한 판례가 이후 전원합의체 판결¹⁴⁾을 통해 폐기되게 된 것은 이러한 이유 때문이라고 할 수 있다. 동 판례에서는 ‘의료행위의 내용에 관해 정의를 내리고 있는 법조문이 없어 구체적 사안에 따라 정할 수 밖에 없다.’고 하면서, 이 개념이 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이라고 하는 한편, 이를 사회 통념에 비춰 그 내용을 판단해야 한다는 것을 이유로, 코 높이기 수술을 미용성형수술이라고 하면서, 이것이 의료기술의 시행방법으로 행해지고 코 절개 과정이나 연골 삽입융합과정에서 균이 침입할 위험성이 있으므로 그 방법이나 행위 태양을 감안할 때 이것이 질병의 치료행위 범위에 있

12) 대법원 1972.3.28. 선고 72도342판결.

13) 안동인, “의료공법의 기초로서의 (치과)의료행위”, 행정법판례연구(제23권 1호), 2018, 55-56면; 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 법과정책연구(제7집 1호), 2007. 6., 39-40면.

14) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결.

다고 보아 의료행위가 되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 하였다.

(2) 문신시술의 의료행위성에 대한 판례

(가) 감염 등의 우려로 인한 의료행위성 인정 사례

피고인측에서는 사건 미용문신이 질병의 예방, 치료행위의 어느 것에도 해당되지 않기 때문에 이것이 의료행위가 될 수 없다고 주장하였으나, 법원에서는 사건 미용문신의 방법이 소위 색소침윤술¹⁵⁾이기 때문에 인체 생리 구조에 대한 전문지식이 없는 자가 행하면 그 부위의 피부에 감염으로 인하여 인체에 위해가 발생할 우려가 있어 해당 행위를 의료행위로 보아야 한다고 판시하였다.¹⁶⁾

(나) 반영구시술의 의료행위성 인정 사례

반영구시술이 의료행위라고 전제하여, 피고인이 반영구시술을 광고하여 이를 보고 연락한 불특정 다수를 상대로 돈을 받고 표피층에 바늘을 스크래치를 낸 뒤 색소를 침착하는 방법으로 속칭 눈썹문신을 한 행위에 대해 「의료법」을 위반하여 무면허의료행위를 한 것이라고 판단하였다.¹⁷⁾

15) 눈썹이나 입술 등 문신할 부위를 마취한 후 연필로 문신모양을 그리고 작은 붓을 사용하여 문신염색약을 그곳에 바른 다음 1분에 2,000 내지 5,000회 정도 돌아가는 바늘이 달린 문신성형기구를 작동시켜 문신모양대로 피부에 상처를 내고 이를 통하여 문신염색약이 피부에 스며들게 하여 형색을 시키는 방식(서울고법 1990.11.30. 선고 90노2672판결 내용 참조).

16) ‘사건 미용문신의 방법은 눈썹이나 입술 등 문신할 부위를 마취한 후 연필로 문신모양을 그리고 작은 붓을 사용하여 문신염색약을 그곳에 바른 다음 1분에 2,000 내지 5,000회 정도 돌아가는 바늘이 달린 문신성형기구를 작동시켜 문신모양대로 피부에 상처를 내고 이를 통하여 문신염색약이 피부에 스며들게 하여 형색을 시키는 소위 색소침윤술로서 눈썹 등 눈 주위 근육 및 신경조직, 피부조직 등 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 자가 이를 행할 경우 문신부위의 피부를 통한 감염으로 인한 국소 및 전신감염증, 색소에 대한 과민반응으로 인한 피부염, 알레르기성 욱아종등 인체에 위해를 발생하게 할 우려가 있으므로 위 미용문신을 만드는 행위는 의료행위로 보아야 한다.’(서울고등법원 1990. 11.30. 선고 90노2672판결(확정))

17) 서울중앙지방법원 2020. 1. 9 선고 2019고정2428 판결.

(다) 피부색조침착시술의 의료행위성 인정 사례

피고인은 도안책에 문신용 먹지를 대고 그 형태대로 기초도안을 한 다음 시술대상자의 양팔과 가슴 부위를 에탄올 등으로 소독하여 먹지 접착제를 바르고 그 위에 위 기초도안을 붙여 문신의 형태가 붙으면 기초도안을 떼어내고 잉크를 문힌 전기문신기로 그 도안 형태에 따라 피부에 약 1mm 깊이로 바늘을 진동시켜 바늘상처 속에 잉크가 묻히게 하는 방법으로 길이 약 15cm 크기 문신을 새긴 후 그 위에 바세린 연고 등 소염제 연고를 바르는 행위를 하였는데, 법원에서는 이것이 피부색조침착시술인 문신시술행위이고, 피고인이 대가로 돈을 받았기 때문에 피고인이 문신시술행위를 업으로 한 것으로, 「보건범죄단속법」 위반으로 판단하였다.¹⁸⁾

다. 헌법재판소의 판단

(1) 문신시술의 의료행위성 여부에 대한 판단 관련

사건 법률조항들에 규정된 ‘의료행위’라는 개념은 그 어의가 불분명하여 사회통념상 의료행위로 인식되지 않고 있는 문신시술행위까지도 포함되도록 해석할 수 있는 바, 이는 그 구성요건이 명확하지 아니하여 죄형법정주의에 위반된다고 주장한 사안으로, 문신시술행위에 대해 헌법재판소에서 최초로 판단한 결정¹⁹⁾이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 동 사안에서는 명확성의 원칙에 위반되는지 여부와 법률의 해석상 의료행위에 문신시술이 포함되는 것으로 해석할 수 있는지 여부에 대해 판단하였는데, 사건 법률조항들이 의료행위에 대해 적극적인 정의규정을 두고 있지 않지만, 목적규정과 입법취지 등을 고려할 때 무면허

18) 부산지방법원 2008. 12. 16 선고 2008고단6242 판결.

19) 헌법재판소 2009.4.26. 2003헌바71 결정(청구인이 의사가 아니면서 영리를 목적으로 문신 기계의 바늘이 피부 1-1.5mm의 깊이로 표피를 지나 진피에까지 상처를 내어 색소가 피부에 흡수되도록 하는 문신시술을 업으로 하여 관련법 위반이 된 사안).

20) 다만, 이 사건 이전에도 문신에 대해 직접적으로 판단한 것은 아니지만 문신시술이 사실관계에서 문제되었던 사건(불특정 다수인을 상대로 입술문신, 눈썹문신, 주름살제거, 피부박 피술 등의 의료행위를 업으로 함)에 대한 판단이 있었던 사례가 있다(헌법재판소 2001. 11. 29. 2000헌바37 결정).

의료행위 처벌 취지가 의료행위를 함에 있어 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문이라고 하고 있다. 즉, ‘의사가 아닌 자가 의료행위를 할 때, 생길 수 있는 위험을 방지하기 위한 것이라는 점을 고려하면 의료행위가 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정될 것이 아니라 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다.’고 하였다. 또한 문신시술행위가 이 사건 법률조항상의 ‘의료행위’에 해당하는지 여부는 개개의 사안에서의 문신시술행위를 둘러싼 사실관계와 이에 기반한 법률 해석과 적용상의 문제로 그 판단은 법원 고유의 권한이어서 헌법재판소가 판단할 부분은 아니라고 하였다. 즉 문신시술행위가 의료행위에 해당하는지 여부는 법원이 판단해야 할 사항이라는 입장인 것이다.

(2) 입법부작위 문제에 대한 판단

청구인이 입법자가 문신시술업자를 보호하기 위한 입법을 적극적으로 해야 하는데 아무런 조치도 취하지 않아 비의료인도 문신시술을 업으로 할 수 있도록 하지 않은 것이 기본권을 침해한다고 주장하며 이를 적극적으로 다루는 진정입법부작위에 해당하는 사안²¹⁾에서, 고유한 의미의 문신시술행위는 피시술자의 생명, 신체 또는 보건위생상의 위해를 가져올 우려가 있기 때문에 비의료인에게도 문신시술행위를 허용할 것인지 여부, 허용되는 문신시술행위의 범위, 문신시술행위를 할 수 있는 자격요건 등은 문신시술의 목적, 방법, 문신의 용도, 문신시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등 여러 가지 사회

21) 이에 대해 헌법재판소는 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용되는 것이라고 하면서 직업선택의 자유 규정이 헌법상 그러한 입법의무를 명시한 것으로 볼 수 없으며 헌법해석상으로도 인정되지 않는다고 하였다(헌법재판소 2007.11.29. 2006헌마 876 결정).

적·경제적 사정을 참작하여 입법자가 결정할 수 있는 사항이라고 할 것이며, 의료행위 중에서 국민보건위생상 위험성이 적은 일정한 범위의 것을 따로 떼어서 이를 의사에게 맡기지 아니하고, 다른 자격제도를 두어 그 자격자에게 맡길 것인지 여부도 입법부의 입법형성의 자유에 속하는 것으로, 비의료인도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 그 자격 및 요건에 관한 법률을 만들어야 할 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 보기는 어렵다고 판단하였다.²²⁾

4. 검토 및 분석

이상과 같은 내용을 살펴보면, 현행 「의료법」은 의료행위가 무엇인지 명시적으로 정의하지는 않고 있지만 무면허 의료행위를 금지하면서 의료행위는 의료인만 할 수 있고, 의료인이라 하더라도 면허된 범위 이외의 의료행위를 할 경우 무면허의료행위에 해당한다고 규정하고 있다. 이에 대해 대법원에서는 의료행위와 관련한 이러한 내용에 관하여, ‘명시적인 정의를 내리고 있는 법조문이 없기 때문에 이에 대해서는 구체적 사안에 따라 정할 수 밖에 없는 것이고, 이것은 의학과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것’이라고 하면서, ‘의료법의 목적을 고려할 때, 의학상 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람이 어떤 시술행위를 할 때 사람의 생명, 신체상 위험이나 일반공중위생상 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회 통념에 비취 의료행위의 내용을 판단해야 한다.’고 하고 있다. 이러한 판례의 취지에 따라 의료행위가 무엇인지는 구체적 사안을 판단하는 관련 판례에 따라 정리되고 있다. 그런데 문신과 반영구

22) 다만 동 결정에서, 재판관 조대현은 반대의견으로 “의사가 하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 모두 “의사가 하지 않으면 처벌되는 의료행위”에 포함된다고 해석하는 것은, 형사처벌의 요건을 광범위하고 포괄적으로 인정함으로써 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 맞지 아니하고, 일반인의 행동의 자유를 과도하게 제한하는 것이어서, 헌법에 위반된다고 선언하여야 하고, 위와 같은 해석은 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위이지만 의사면허를 취득할 정도의 전문적인 지식과 기술이 필요하다고 보기 어려운 행위에 대하여 별도의 자격제도가 없기 때문에 비롯된 것이라고 보여지므로 그러한 행위에 대하여 의사의 면허보다 낮은 수준의 의료기능만으로도 자격을 취득하고 시행할 수 있도록 허용하는 제도에 관한 입법을 촉구할 필요가 있다.’고 하여 입법의 필요성이 있다는 취지의 견해를 제시하였다.

화장 모두 침습적인 부분이 있고, 반영구 화장은 상대적으로 문신에 비해 주입 깊이가 표피에 가까운 측면이 있음에도 의도한 것보다 더 깊이 주입될 위험성을 배제할 수 없으므로, 의도했던 부분에만 정확히 시술이 된다고 볼 수 없는 점을 고려하면, 의학적 지식을 가진 자가 시술하지 않을 경우 위험발생의 가능성이 높다고 할 수 있다.

의료행위에 대해 명시적으로 정의하고 있는 법률은 없으나, 판례의 취지에 따른 의료행위는 크게 2가지 요소로 나누어 판단해 볼 수 있다. 질병 예방과 치료를 목적으로 하는 행위, 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위가 그것이다. 즉, 대법원의 의료행위성에 대한 판단은 ‘질병의 예방과 치료’에 관한 것으로 보는 것과 의료인이 행하지 않으면 ‘보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’로 보고 있으며, 전자의 경우는 행위의 실질에 근거한 판단이라고 할 수 있다.²³⁾ 이러한 판례의 취지는 의료행위 개념을 적극적으로 한정하는 것이 아니라 소극적으로 배제하면서 그 범위를 확대하는 경향을 보이는 것이라고 볼 수 있다.

문신은 기본적으로 치료목적으로 행해지는 행위가 아니다. 그런데, 의료행위는 ‘질병을 예방하고 치료를 목적으로 하는 행위’라고 하고 있으므로, 이러한 요소를 중심으로 판단한다면 문신은 의료행위가 아니다. 그러나 질병예방과 치료목적이 아니라 하더라도 의료인이 시행하지 않으면 생명과 신체 및 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위도 의료행위에 포함된다고 하고 있는 바, 문신시술의 침습성을 고려하면, 문신시술이 생명과 신체 및 위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위라고 할 수 있기 때문에 치료목적은 아니지만 의료행위에 해당한다고 할 수 있을 것²⁴⁾이므로 관련법에 따른 규제가 불가피하다. 그러나, 헌법재판소 결정에서 반대의견이 제시한 바와 같이 입법의 필요성도

23) 이인영, 앞의 논문, 38-39면.

24) 마찬가지로 취지에서 낙태수술도 질병치료를 목적으로 행하지는 경우가 거의 없다고 할 수 있겠으나, 의료인이 하지 않으면 보건위생상 위해가 발생할 수 있는 행위로 보아 의료행위에 해당한다고 볼 수 있다(심영주·이상한, "낙태죄 개정 시 고려사항-의료인의 권리를 중심으로-", 형사정책(제32권 1호), 2020. 4., 257-258면).

생각해 볼 필요가 있다. 이것은 특히 문신시술이 의료인에 의해 행해지는 경우가 매우 드문 현실을 고려하면 그러하다.

III. 문신시술 관련 현황 분석 및 검토

문신시술을 의료행위로 보고, 의료인이 아닌 자에 의한 행위를 무면허의료행위로 보아 「의료법」 위반으로 처벌하는 것은 현실과 맞지 않는 부분이 있다. 문신에 대한 인식변화와 함께 문신을 개성의 한 표현으로 보거나 나이가 들어 눈썹이 줄어드는 등의 미용적 필요에 의해 문신시술을 하는 사람들이 많이 보이고 있으나, 이러한 시술이 모두 의료인에 의해 행해지는 것은 아니기 때문이다. 이하에서는 이러한 현황에 대해 살펴보고, 현실과 법제의 괴리감을 줄이기 위한 방안을 모색해 보고자 한다.

1. 문신에 대한 인식변화와 현황

시장조사전문기업 엠브레인 트렌드모니터에서 2014년과 2018년, 그리고 2021년 전국 만19~59세 성인 남녀 1,000명을 대상으로 문신 관련 인식조사를 실시한 결과에 따르면, 과거에 비해 문신을 대하는 사회적 시선의 변화가 큰 것으로 나타난다. 구체적인 결과를 살펴보면, 타투²⁵⁾를 자신을 표현하는 한 방법이라고 응답한 비율이 2014년 54%에서, 2018년 52.9%, 2021년 68.5%로 증가하였으며, 일종의 패션 아이템이라고 생각한다는 응답비율이 2014년 49.8%에서, 2018년 46%, 2021년 61%로 증가한 결과가 나온 것이다.²⁶⁾ 그

25) 본고에서는 타투라는 용어 대신 문신이라는 용어로 통일하여 사용하고자 한다. 다만, 조사가 제목에는 ‘문신(타투)’라고 하여 문신과 타투를 병기하고 있으나, 내용에는 타투를 사용하고 있기 때문에 이 부분에 한해 타투라고 사용하는 것으로 한다. 그러나 사실 문신은 한자어이고 타투는 이에 대한 영어식 표현이라는 점에서 문신과 타투는 일용 동일한 것을 의미하는 것으로 볼 수 있기 때문에 이러한 구분이 큰 의미는 없을 것이다.

26) 2014년에서 2018년 사이 소폭 감소경향을 보인 부분은 있으나 2021년의 응답비율이 직전 조사 대비 10%이상 증가하였으므로, 전체적으로는 증가한 것이라는 해석이 가능하다.

리고 타투를 한 사람을 보면 무서움을 느낀다고 응답한 비율이 2014년 28.4%에서, 2018년 23.8%, 2021년 19.7%로 감소하였으며, 거리를 두는 편이라고 응답한 비율도 2014년 21.4%에서, 2018년 19.7%, 2021년 18.4%로 감소한 결과가 나왔다.²⁷⁾ 이를 통해 긍정적 인식은 증가하고 부정적 인식이 감소하는 추세를 보이고 있는 것을 알 수 있다.

이렇듯 문신에 대한 사회적 인식이 달라지고 있는 바, 국방부에서는 이러한 추세를 고려하여, 문신에 대한 사회적 거부감이 감소하고 있기 때문에 문신이 있어도 정상적 군 복무가 가능하다고 판단하였고, 이에 2020년 12월, 몸에 문신이 있는 사람을 4급으로 판정해 사회복무요원으로 복무하도록 하는 규정을 폐지하고, 이들이 현역(1~3급)으로 복무하도록 하는 ‘병역판정 신체검사 등

<표 3-1> 병역판정 신체검사 등 검사규칙[별표 3] 질병·심신장애의 정도 및 평가기준 개정 전후 비교

개정전 [시행 2018. 9. 17.] [국방부령 제968호, 2018. 9. 17., 일부개정]			개정후 [시행 2021. 2. 1.] [국방부령 제1043호, 2021. 2. 1., 일부개정]		
구분		등급	구분		등급
경도	문신이나 반흔 등이 신체의 한 부위에 지름이 7cm 이하이거나 두 부위 이상에 합계 면적이 30cm ² 미만인 경우	1	경도	합계 면적이 30cm ² 이상이 있는 경우. 다만, 중등도에 해당하는 경우는 제외한다	2
중등도	신체의 한 부위에 지름이 7cm를 초과하는 문신이나 반흔 등이 있는 경우	2	중등도	신체 전체(상지·하지·체간 및 배부를 모두 포함해야 한다)에 걸쳐 있는 경우	3
	신체의 두 부위 이상에 합계 면적이 30cm ² 이상인 문신이나 반흔 등이 있는 경우(다목에 해당하는 경우는 제외한다)	3			
고도	상지·하지·체간 및 배부 전체에 걸쳐 있는 경우	4	-		

27) 2021 문신(타투) 관련 인식 조사, EMBRAIN(<https://www.trendmonitor.co.kr/tmweb/trend/alITrend/detail.do?bIdx=2184&code=0503&trendType=CKOREA>, 2022.2.23. 최종방문).

검사규칙' 개정안을 입법 예고²⁸⁾한 끝에 관련 규정을 개정하였다.

한편, 업계 종사자 수와 규모 현황은 지난 2017년 한국타투협회에서 재료유통과 행사업체의 다년간 D/B를 참고하고 관련 단체장 회의와 설문조사를 토대로 하여 총 인구대비 비율에 근거하여 연간 소득과 건당 비용으로 경제규모를 추정하여 공개한 타투 및 반영구화장 통계자료를 통해 짐작 가능한데, 이에 따르면 연간 타투와 반영구 화장을 한 소비자가 타투는 50만건, 반영구 화장은 600만건으로 합계 650만건에 이르는 것으로 나타났으며, 업계 종사자들의 경우 전업종사자를 기준으로, 타투업계 5,000명, 반영구 화장 업계 100,000명으로 합 105,000명인 것으로 나타났다.²⁹⁾³⁰⁾ 현행법 체계에서 비의료인에 의한 문신시술이 불법으로 되어 있는 것을 생각하면 규모가 매우 큰 것을 알 수 있고, 제도권으로 관리가 되지 않기 때문에 업계에서 자율적으로 규제하고 관리한다고 하여도 공중보건위생상 문제가 발생할 가능성이 있음을 배제할 수 없다. 실제로, 보건복지부가 의뢰하여 한국보건사회연구원에서 수행한 '문신 시술 실태조사 및 안전 관리 방안 마련(2019)' 연구보고서에 따르면 타투 경험자 171명 중 약 1% 정도에 해당하는 인원만이 의료인에게 시술을 받았다고 한다. 이는 100명 중 1명을 제외한 나머지 99명은 불법 의료 행위를 받았다고 할 수 있는 것이고, 이러한 나머지 경험자들은 현행법상 불법인 문신전문샵(66.3%), 미용 시설(24.3%), 오피스텔(6.6%) 등에서 시술을 받았는데,³¹⁾

28) 국방부, “「병역판정 신체검사 등 검사규칙」개정안 입법예고” 보도자료(https://www.mnd.go.kr/user/newsInUserRecord.action?siteId=mnd&page=1&newsId=L_669&newsSeq=L_12330&command=view&id=mnd_020500000000&findStartDate=&findEndDate=&findType=title&findWord=%EC%8B%A0%EC%B2%B4%EA%B2%80%EC%82%AC&findOrganSeq=, 2022.02.23. 최종방문); 윤우성 기자, “[타투 300만 시대]① ‘조폭 상징’ 옛말… ‘타투 인구 300만 달해’”, 연합뉴스, 2021년 2월 16일자(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210209167100501>, 2022.2.23. 최종방문).

29) 타투라는 용어가 아닌 문신이라는 용어로 통일하여 사용하기로 하였으나, 자료 출처 표기에 따라 인용자료와 동일하게 타투라는 용어를 사용하였다.

30) 김태호 기자, “‘불법과 패션 사이’...비의료인 문신 시술 가능해질까”, 중앙일보, 2019년 10월 12일자(<https://www.joongang.co.kr/article/23601891#home>, 2022.2.22. 최종방문).

31) 송정훈·김성기 기자, “[그래?픽!]내 직업은 왜 ‘불법’인가...타투 합법화 논쟁”, 노컷뉴스, 2021년 6월 28일자 (<https://www.nocutnews.co.kr/news/5576472>); 최나실 기자, “‘의료 행위 위서 지워주세요’ 타투의 하소연...합법화 목소리 확산”, 한국일보, 2021년 7월 10일자

이들 타투 경험자 171명에게 문신 후 부작용과 관련하여 조사하였더니, ‘부작용을 경험했다’고 답한 응답자가 20.6%에 달하는 결과가 나왔는데, 이들은 ‘타투 시술 부위가 붓고 진물이 난다’거나 ‘시술 부위가 빨갱게 달아오르고 간지럽다’라고 했다.³²⁾ 국민 1000여명을 대상으로 설문조사를 실시한 결과 국민의 15.3%가 문신을 경험했다고 밝혔으며 30.7%는 반영구화장을 받았다고 응답했다. 특히, 병원에서 해당 시술을 받았다는 응답 비율은 문신이 2.7%였고 반영구화장이 13.1%로 대부분 비의료인에게 받은 것으로 나타났다.³³⁾

<표 3-2> 문신과 반영구 화장 부작용 비교³⁴⁾

구분	문신 부작용		반영구화장 부작용	
	사례 수	세부증상	사례 수	세부증상
피부염증	25	두드러기, 빨간반점, 고름 및 진물, 가려움증 등	23	고름 및 진물, 시술주변 염증, 발열, 가려움증 등
통증	20	쓰림, 꼭꼭 찌시고 아픔, 화끈 거림 등	21	따가움, 눈물고임, 눈 주위 붓고 눈을 뜰 수 없음 등
알레르기 반응		-	13	발열, 빨간 반점, 비염, 코막힘, 두드러기
색소 변색	10	변색, 검게 변함, 문신 색깔 탈색 등	10	멜라닌 색소 침착, 피부접촉염, 변색
흉터	10	흉터가 남음, 두드러기	6	흉터가 남음, 빨간 반점
안구·눈꺼풀 내 기관 손상	3	출혈, 흉터가 남음, 안구 건조	1	처짐
비후성 반흔, 켈로이드 증상	3	가려우면서 조금 붉게 부풀어 오름, 부어오름 등	7	가려움, 부어오름, 통증, 두드러기

(<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021070711480004173>, 2022.2.22. 최종방문).

32) 김정은 기자, “"의료행위" vs "문화예술"...타투를 보는 두 시선, 당신의 생각은?”, 매일경제, 2021년 6월 21일자 (<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2021/06/568358/>, 2022.2.22. 최종방문).

33) 김규남 기자, “홍석준 의원, 반영구화장사·문신사 비범죄화 입법 및 규제 개선 필요” 아주경제, 2021년 11월 4일자 (<https://www.ajunews.com/view/20211104162121392>, 2022.2.22. 최종방문).

이러한 사회적 분위기와 요구 속에서도 문신시술에 대해 여전히 유죄취지의 판결³⁵⁾이 나오고 있다. 문신시술에 필요한 바늘, 색소 문신기계 등 문신시술 장비를 갖추고 손님의 문신시술부위를 소독하고 문신용 먹지로 기초 도안을 한 후 바늘 끝에 색소를 묻혀 문신기계로 바늘을 진동시켜 피부에 수회 찔러 넣는 방법으로 색소가 흡수되도록 하여 문신을 해주고 돈을 받아 의사가 아님에도 불구하고 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다고 하여 「보건범죄단속법」 위반이라 판단한 것이다. 판결문에서는 이 사건 범행이 자칫 피수술자의 '신체와 건강에 중대한 해를 끼칠 수 있는' 범죄로 그 죄질이 나쁘기 때문에 처벌의 필요성이 크다고 하였다.

이렇듯 문신에 대한 인식의 변화가 있고, 문신이나 반영구 화장이 비의료인에 의해 행해지는 경우가 많은 현실과 부작용이 발생하는 경우도 있는 점 등을 생각하면, 비의료인에 의한 문신시술을 비범죄화시킬 필요성이 현실적으로 있음에도 불구하고, 안전성 등을 고려하면 문신시술의 의료행위성을 부인할 수 없으므로, 현실과 법제의 괴리를 해소할 대안을 모색할 필요가 있다.

2. 현행 법제하에서의 해석을 통한 해결 가능성 여부 검토

문신시술을 의료행위에 해당한다고 해석하여 비의료인에 의한 문신시술을 「의료법」에서 금지하는 무면허 의료행위로 보는 것은 형사처벌과 관련된 부분인데, 문신시술을 소비자가 직접 찾아가서 받는다는 점과 의료기관에서 의료인에 의해 행해지는 경우가 극히 드물다는 점을 고려하면 형법상 피해자의 승낙에 의한 범리 또는 사회상규에 해당하는지를 통해 해결을 모색하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

가. 피해자의 승낙에 의한 범리 적용 가능성

신체에 대한 침습이 있는 문신시술은 문신을 하기를 원하는 소비자가 찾아

34) 김대중 외, 『문신시술 실태 조사 및 안전관리 방안 마련』, 한국보건사회연구원, 2019, 113면 및 134면 내용 편집 재정리(홍형선, 타투업법안 검토보고, 2021.11., 9면 재인용).

35) 대구지방법원 2021. 11. 10 선고 2021고단3244 판결.

와서 하게 되는 것이기 때문에 피해자의 승낙에 의한 행위로 정당화될 여지가 있다. 실제로, 문신시술을 한 비의료인이 「의료법」 위반으로 재판을 받는 과정에서, 피고인측은 문제되는 행위가 피해자의 승낙에 의한 행위이기 때문에 위법성이 조각된다는 취지의 주장을 하기도 하였다. 여기에서의 피해자의 승낙은 형법 제24조에 의한 것으로, ‘처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다’고 규정하고 있다. 문제되는 문신시술에 의한 신체의 침습은 개인의 신체와 관련된 것으로 개인적 법익이기 때문에 일응 타당한 주장으로 생각될 수 있다. 그러나, 판례에 따르면, 이 규정에 의해 위법성이 조각되는 피해자의 승낙이란 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 하는데,³⁶⁾ 의료법제는 국민건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 체계화된 것이기 때문에 검증받은 자격을 가진 자(의료인)가 의료행위를 하는 것이 가장 안전하다고 할 수 있다. 검증되지 않은 의료행위는 국민건강과 안전에 위해를 발생하게 할 우려가 있기 때문에 이에 대한 규제가 불가피한 것³⁷⁾이기 때문에, 신체의 완전성과 안전성을 스스로 훼손하는 것이 문제가 되지 않는 것으로 보기는 어렵다고 생각된다. 판례도 이와 비슷한 관점에서, ‘의료법의 입법취지가 무자격자의 의료행위를 금지하여 국민의 건강과 안전에 중대한 위험의 발생을 방지하여 국민보건의 향상을 도모함에 있다.’고 하면서, ‘이에 의해 보호되는 국민보건이라는 법익이 그 처분권한이 환자 개개인의 의사에 맡겨져 있는 것이 아니기 때문에 승낙이 있었다는 이유만으로 행위의 위법성이 조각된다고 할 수 없다.’고 판시하였다.³⁸⁾ 그렇다면, 피해자의 승낙에 의한 법리에 따른 위법성 조각으로 해석하는 것은 어렵다고 하겠다.

36) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결 ; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결 등 참조

37) 배현아 외, “보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용”, 법제연구(제44호), 396면 참조.

38) 서울남부지방법원 2019. 7. 16 선고 2019고정38 판결.

나. 사회상규 해당 가능성

문신시술의 비범죄화 방안을 제시하며 궁극적인 해결 방안으로 문신사 자격제도 도입과 함께 제도가 마련되지 않은 현 상황에서 해석론을 통해 해결 가능하다고 하면서 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 행위로 해석 가능하다고 주장하는 견해가 있다.³⁹⁾ 비치료 목적의 의료행위에 대해 사회상규 규정 적용이 가능한데, 수단의 적합성 심사에 엄격한 기준을 적용하여 건강침해에 대한 위험이 크지 않음이 명백하거나 위험예방장치가 마련된 경우 등에 한하여 행위불법이 조각될 수 있다는 것이다. ‘문신시술은 특히 신체에 미칠 수 있는 위험이 작지 않은 행위이기 때문에 목적의 정당성과 수단의 적합성 충족을 위한 전제조건은 안전 확보를 위한 장치가 충분히 마련되었는지 여부가 될 것’이라고 하면서, 그 행위로부터 초래될 수 있는 보건위생상 위험을 예방할 수 있는 장치로서의 의미도 지니게 되어 결과불법조각으로 연결된다고 하고 있다. 그러면서 이러한 장치가 의무교육이라고 한다. 문신관련 필수교육을 의무화하는 것을 통해 이를 수료하면 사회상규에 위배되지 않는 문신시술로 취급될 수 있을 것이라고 한다. 그런데, 앞서 검토한 판례의 입장과 문신의 침습성을 고려할 때, 이러한 필수교육은 감염가능성을 낮추는 효과를 가져와 안전성을 높이게 될 수는 있을지라도, 이 교육을 이수하여 문신시술을 행하는 비의료인들이 피부의 알레르기 발생 가능성이나 투약중인 약물과 문신염료와의 부작용 문제 등에 대처할 수 있을 정도로 의료인만큼의 전문성을 갖추기는 어렵다고 할 수 있으므로, 이러한 방식을 통한 해결은 여전히 위험발생 가능성을 배제할 수 없기 때문에 허용되서는 안되는 방식이라고 생각된다.

3. 대안 제사-단계적 접근을 통한 해결

이상과 같은 내용들을 종합 검토하면, 문신시술은 침습적인 특성 때문에 안전성을 고려하여 의료인에 의해서만이 가능하다고 결론을 내려야 할 것이다.

39) 도규엽, “문신시술의 비범죄화에 대한 연구”, 외법논집(제45권 2호), 2021.5., 277면 이하.

그러나 법과 현실과의 괴리가 문제이다. 그렇다면 결국, 문신시술은 의료인에 의해서만 하는 것이 가능하다는 결론은 그 취지가 옳다 하여도 현실을 전혀 반영하지 못하고 있는 것이라고 할 수 있기 때문에 입법적, 제도적 개선을 고려해 볼 필요가 있다. 문신을 하는 시술자들은, 직업선택의 자유 등을 이유로 하여 비의료인에 의한 문신시술을 합법화해줄 것을 요구하고 있다. 달리 말하면, 비범죄화해달라는 것이다. 이에 문신, 반영구 화장에 대해 자격화하는 것을 골자로 한 법안들이 발의되어 있기도 하다. 이러한 방식에 의하면 구성요건해당성이 배제되어 비범죄화가 될 수도 있을 것이다. 그러나, 자격화하여 문신시술을 할 수 있도록 하는 것이 제도권 안에서 관리받을 수 있게 되어 위생상 문제를 줄이고 이를 통해 감염의 가능성을 낮추게 될 수 있다고 하여도, 문신시술의 침습적인 부분을 고려한다면 단순히 자격화하는 것으로 마무리 할 수 있는 부분은 아니라고 판단된다.

한편, 문신시술이 의학적 목적을 가지지 않기 때문에 의학적 방법론을 따르지 않는 행위로 ‘비의료 시술’이라는 용어를 사용하면서, 이에 해당하는 대표적인 행위가 문신시술이라고 제시하는 견해도 있다. 비의료 시술의 경우 의학적으로 요소가 포함되지 않기 때문에 의료인이 하지 않아도 되는 행위로 분류된다고 하면서, 눈썹이나 신체부위에 상처를 내는 것이 의사가 하는 ‘침습적’ 행위처럼 보일 수 있는 부분은 일응 있을 수 있으나, 신체에 상처를 내는 모든 행위가 의학적 방법론은 아니기 때문에 그 이유로 내세우고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 이 과정에서 발생하는 상처를 통해 감염이 발생할 가능성이 있기 때문에 의학적 목적이 아니라 하더라도 의료행위의 범주에서 규율해야 할 것이다. 「의료법」 및 「보건범죄단속법」의 각 규정내용과 입법취지 등을 살펴보면, 무면허의료행위를 처벌하는 취지는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문이다. 「의료법」이 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하면

40) 김수영. 「의료행위 개념과 무면허 의료행위의 처벌」, 박사학위논문, 한양대 대학원, 2020. 2., 174-175면.

서, 제25조에서 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하는 것은, 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이다. 따라서 이와 같은 입법취지를 감안하면, 의료행위는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다⁴¹⁾고 해석하는 것이 바람직할 것이다.

이렇듯 문신시술은 의학적 지식이 있어야 안전성이 더 확보될 수 있지만, 실제로 의사 자격을 가지고 문신시술을 하는 경우가 매우 드물고, 의사들은 소비자가 원하는 개성을 드러낼 수 있는 예술적 감각이 부족할 수도 있다. 문신시술이라는 행위는 의료적 지식과 예술적 감각이라는 이중성이 요구되는데, 표현의 자유와 관련된 예술적 차원에서 소비자를 만족시키면서도 보건의료적 차원에서 보건위생상 위해가 발생하지 않도록 하는 대안이 필요하다.

이에 다음과 같이 단계적 접근방법을 제안한다.⁴²⁾ 사전단계, 시술단계, 사후단계의 3가지 단계로 접근해야 한다. 사전 단계로, 문신은 피부에 침습이 가해지는 것이기 때문에 그 과정에서 개개인에 따라 알레르기 반응이 있을 수 있고 투약중인 약물이 있는 경우 과반응 등이 나타날 가능성을 배제할 수 없으므로, 시술 전 반드시 의사와의 상담을 통해 알레르기 안전반응 검사와 약물 과민 반응에 대한 안내 및 확인을 받도록 한다. 그 다음 단계는 시술단계이다. 첫 번째 단계가 확인된 사람만이 시술을 받을 수 있도록 하여, 범죄화에 따라 자격을 갖춘 자가 검인된 약료를 사용하여 시술한다면 감염의 우려도 낮추고, 안전성

41) 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 전원재판부.

42) 이와 유사하게 문신사와 문신업에 대한 단계별 규제를 검토하여야 한다는 견해로는 백경희·김성은, “미용서비스와 의료행위의 경계에 관한 고찰”, 소비자문제연구(제51권 3호), 2020. 12., 74-75면. 다만, 이 견해는 문신시술 전의 철저한 멸균과 소독을 통한 감염차단-시술전 위험성 설명-시술후 발생한 감염 등에 대한 의료인 치료로 나누어서, 두 번째 단계와 세 번째 단계에서 의료인의 개입이 필요하다고 하면서, 두 번째 단계의 경우 「의료법」 규정과 맞지 않는 부분이나 원격의료의 불가능성 때문에 한계가 있으므로 성형외과나 피부과 전문의 등의 주관으로 매뉴얼 작성 배포후 실행하도록 하는 것을 통한 방식을 제안하고 있다.

을 도모할 수 있게 될 것이다. 마지막 단계는 사후단계로 이러한 단계를 거쳤는데도 불구하고 문신 시술 후 부작용 등이 발생하거나 문제 발생 시 바로 의료인의 도움을 받도록 하는 것이다. 이것은 조산사에 대해 지도의사제를 운영⁴³⁾하고 있는 것처럼 문신업을 하는 사람들도 성형외과나 피부과 전문의를 지도의사로 지정하여 이러한 만약의 경우에 대비할 수 있도록 하는 것이다.⁴⁴⁾ 이러한 단계적 조치를 통해 비의료인에 의해 행해지는 문신시술의 현황을 고려하면서도 안전함을 도모할 수 있고 의료계의 우려도 어느 정도 해소할 수 있으며, 비의료인이면서 문신시술을 업으로 하는 사람들이 ‘직업선택의 자유가 침해된다.’고 하는 주장에 대해서도 부응하는 대안이 될 수 있을 것이라고 본다. 다만, 이러한 제도가 소비자 입장에서는 일종의 자기선택을 제한하는 것이라고 느낄 수 있고, 불필요한 규제라고 볼 수도 있다. 그러나 안전을 위한 규제는 반드시 필요한 것이라고 생각한다. 또한 소비자 단체가 시행한 설문조사 결과에 따르면, 편리성보다 안전성을 바라는 비율이 더 높게 나타났는 바,⁴⁵⁾ 안전함을 위해 이러한 번거로움은 감수할 필요가 있다고 생각된다.

문신은 기본적으로 시술 과정에서 침습이 가해지는 부분이 있기도 하지만, 그러한 시술을 통해 문양 등을 새기게 되는 부분에서 예술적 표현이 나타나게 되는 이중적인 행위가 되는데, 의료행위는 침습적인 부분에 대한 것이고, 문양 등을 새긴다는 점은 의학적인 지식이 아닌 예술적 감각이 필요한 부분이 바, 문신시술에서 양자를 분리하기는 어려우므로 단계적 제도화로 이를 해결하고자 하는 것이다.

결국 문신, 반영구 화장을 하는 사람들에 대한 전문적 교육을 통해 자격제도화 하는 것이 필요한데, 이는 별도 입법 방식을 통해서도 가능할 것이고, 「공중위생관리법」 개정을 통해 규율하는 것도 가능할 것이다. 다만, 업계의 이해관

43) 「의료법」 제33조 제6항.

44) 다만, 이것은 유사한 제도 운영을 고려하는 것으로, 조산사가 의료인의 범위에 포함되고 있기 때문에 문신시술을 행하는 비의료인을 대상으로 의료인인 지도의사를 지정하도록 하는 것은 완전히 같은 선상에서 생각할 수 있는 사안은 아니라는 점을 밝혀둔다.

45) 문신의 편리성 희망 15.6%, 안전성이 더욱 중요하다는 답변 84.4%로, 편리성보다는 안전성을 중시하는 비율이 압도적으로 높게 나타났다(소비자 시민모임, “문신 관련 소비자 인식 조사”, 소비자리포트, 2019, 18면).

계가 걸려 있는 바, 단독 문신사범 제정보다는 「공중위생관리법」으로 규율하는 것이 이상적일 것이라고 판단된다. 한편, 의료행위의 상대성도 인정되는 것을 고려하면, 「공중위생관리법」을 통해 관리되어야 하는 문신시술에 사용되는 염료와 주사, 문신기기 등도 기술의 개발에 따라 달라질 수 있는 부분이므로, 하위법령에 위임하여 관리하도록 하는 구조로 규제하는 방안도 고려해 볼 만하다. 이를 통해 비의료인에 의한 문신시술이 행해지는 현실에 맞춰 위생문제와 감염의 우려를 더는 한편, 문신 자체가 가지고 있는 침습성으로 인한 위험발생 가능성에 대한 보완책으로, 피부상태나 복용중인 약물이 시술에 미칠 영향 등에 대한 전문의료진과의 상담을 통해 안전을 도모하고 시술은 자격을 갖춘 자에게 받을 수 있도록 한다면, 직업선택의 자유와 예술, 표현의 자유에 관한 사항도 충족할 수 있게 될 것이고, 사후적으로 지도의사 지정을 통해 발생가능한 위험에 대비할 수 있도록 하는 것을 통해 법과 현실의 괴리 및 위험성 관리 문제를 동시에 해결할 수 있을 것으로 보인다. 이러한 방식에 의할 경우, 완전한 비범죄화는 아니지만, 형법 제20조 정당행위 규정에 따른 법령에 의한 행위에 해당하는 것으로 볼 수 있어 위법성이 조각되게 될 것이다. 이러한 방식은 사회상규 해당성을 논하는 것보다 좀 더 명확하다는 점에서 예측가능성이 담보될 수 있을 것이다.

IV. 끝마치며

형사처벌규정을 두는 것을 통해 국가가 적극적으로 개입하여 금지하고 있는 것은 사회적으로 문제가 발생할 수 있는 사안에 대한 것이다. 물론 범죄개념이 상대적이고 시대변화에 따라 인식이 바뀔 수 있는 것이므로 이것은 상황에 따라 일부 유동적이고 변화의 여지가 있는 것은 사실이다. 그러나, 안전에 관한 사항은 선불리 규제를 완화하는 경우 위해가 발생할 수 있는 영역이기 때문에 어느 정도의 규제는 불가피하다고 할 수 있다. 따라서 비의료인에 의한 문신시

술의 비범죄화를 고려하되(제도 양성화), 규제를 완전히 철폐할 수는 없는 영역으로, 단계별 접근이 필요하다고 판단된다. 이를 통해 안전성을 도모하면서도 현실과 법제의 괴리를 해소하고, 문신시술을 업으로 하는 사람들의 기본권 침해에 대한 주장도 배척하지 않을 수 있게 될 것이다.

[참고 문헌]

- 고인석, “의료행위의 적정규제와 안전확보에 관한 연구”, 『법이론실무연구』 제9권 3호, 2021. 8.
- 김성우, “비의료인의 문신시술 합법화의 방향과 문신소비자의 권리 보장을 위한 체크리스트와 문신동의서”, 『글로벌 기업법무 리뷰』 제12권 1호, 2019.
- 김성은·백경희, “미용성형의료행위의 개념 정립에 관한 연구”, 『한국의료법학회지』 제29권 1호, 2021. 6.
- _____, “문신시술행위에 관한 규제 방향에 대한 고찰 - 문신사 관련 법안과 외국의 법제에 관한 비교·분석을 중심으로-”, 『과학기술과 법』 제12권 2호, 2021. 12.
- 김수영, 「의료행위 개념과 무면허 의료행위의 처벌」, 박사학위논문, 한양대 대학원, 2020. 2.
- 김장한, “문신의 침습성과 무면허의료행위”, 『형사정책연구』 제18권 3호, 2007.
- 김춘진, 『문신사 합법화의 필요성과 정책방향』, 2007 국정감사 정책자료집.
- 남기연, “문신시술과 민사책임에 관한 연구”, 『법학논고』 제36집 2호, 2012.
- 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 『의료법학』 제11권 2호, 2010.
- 도규엽, “문신시술의 비범죄화에 대한 연구”, 『외법논집』 제45권 2호, 2021. 5.
- 박용숙, “일본에서의 문신시술행위 규제에 관한 법적 고찰-문신시술행위의 의료행위성과 직업의 자유에 대한 침해를 중심으로-”, 『강원법학』 제56권, 2019.
- 박정연, “의료행위 개념의 법제화 시론”, 『서울법학』 제26권 3호, 2018.
- 배현아 외, “보건의료법제의 연혁적 검토를 통해 본 건강과 의료행위 개념의 변화와 정책 적용”, 『법제연구』 제44호, 2013.
- 백경희·김성은, “미용서비스와 의료행위의 경계에 관한 고찰”, 『소비자문제연구』 제51권 3호, 2020. 12.
- 보건복지부, 『비의료 건강관리서비스 가이드라인 및 사례집(1차)』, 2019.
- 소비자 시민모임, “문신 관련 소비자 인식 조사”, 『소비자리포트』, 2019.
- 안동인, “의료공법의 기초로서의 (치과)의료행위”, 『행정법판례연구』 제23권 1호,

2018.

윤영석, “비의료인의 문신시술 합법화 제안”, 『성균관법학』 제33권 1호, 2021. 3.

이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과정책연구』 제7집 1호, 2007.

홍형선, 타투업법안 검토보고, 2021. 11.

[국문초록]

문신시술의 비범죄화에 대한 비판적 검토와 대안

심영주(인하대학교 법학전문대학원 초빙교수, 법학박사),

이상한(충북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사)

우리나라 법제는 비의료인에 의한 의료행위를 엄격히 금지하고 있는데, 문신시술의 경우 의료행위로 분류되어 비의료인이 문신시술시 무면허의료행위로 처벌받게 된다. 그런데, 현실적으로 문신시술을 의료인에게 받는 경우가 매우 드물고, 문신시술을 업으로 하고 있는 비의료인들은 직업선택의 자유 침해 등을 주장하며 비의료인에 의한 문신시술의 의료행위성을 부정하고 비범죄화할 것을 요구하고 있다. 그런데 문신시술은 바늘 등을 사용하여 이루어지기 때문에 신체에 대한 침습이 있어 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 발생할 수 있는 행위로 볼 수 있고 감염 예방 등을 위해 엄격한 관리가 필요하다. 그러나 이러한 현실적인 부분과 법제와의 괴리를 고려할 때, 보건의료적 관점에서 안전성을 고려하면서도, 사실상 의료인에 의해 행해지는 문신시술이 많지 않은 현실을 고려하여 비의료인에 의한 문신시술을 제도화하는 방안 등에 대해 전향적으로 생각을 해 볼 필요가 있다. 본고는 이러한 관점에서 문신시술이 의료행위에 해당하는지 법제를 검토하고, 보건의료적 관점에서 문제가 된다면 이를 해결하기 위한 방안을 모색하여 현실을 반영하면서도 안전성을 도모할 수 있는 대안으로 3단계로 나누어 단계화된 접근을 제시하였다.

주제어: 문신시술, 의료행위, 비범죄화, 피해자의 승낙, 사회상규, 정당행위

Critical Review and Alternatives to the Decriminalization of Tattooing

Shim, YoungJoo

Inha University Lawschool, Visiting Professor, Ph.D.

Lee, Sang-Han

Chungbuk University Lawschool, Lecturer, Ph.D.

=ABSTRACT=

South Korean law strictly prohibits engagement in medical activities by non-medical practitioners. In the country, tattooing is classified as a medical practice, and non-medical practitioners who engage in it are penalized because they are unauthorized to carry out this procedure. In reality, however, people rarely seek tattooing services from medical personnel. Arguing that their freedom of job selection is violated, non-medical personnel who make a living as tattoo artists reject the characterization of the procedure as a form of medical treatment and demand the decriminalization of tattooing by non-medical practitioners. Nevertheless, tattooing can cause health- and hygiene-related dangers when it is not performed by medical professionals because it involves penetration into the skin using needles. Hence, stringent management is necessary for infection prevention. The gap between reality and the law gives rise to the need for proactive thinking about the institutionalization of tattoo practice by non-medical personnel. Policymakers should reflect on the fact that only minimal tattooing services are currently performed by medical staff while also accounting for health and safety. On this basis, this study examined tattoo-related legislation in South Korea to determine whether the procedure corresponds to medical practice and identify ways to solve problems that occur from the perspective of health care. As a response that promotes safety and reflects reality, this research proposed a three-phase approach.

Keyword : Tattoo treatment, Medical practice, Decriminalization, Consent of Victim, Social Rule in Article 20 of the Criminal Act, Justifiable behavior in Article 20 of the Criminal Act