

발 간 등 록 번 호  
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

# 憲法論叢

第 23 輯



憲法裁判所



## 目 次

1. 학문의 자유와 대학의 자치 ..... 李準一 ..... 5  
- 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -
2. 미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점  
..... 李明雄 ..... 49  
- Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -
3. 야간옥외집회금지 조항의 허가제성 ..... 鄭柱白 ..... 93  
- 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등  
위헌제청 사건에 대한 분석 -
4. 선거구 획정과 평등선거 ..... 金敏培 ... 135  
- 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -
5. 학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 .. 李鍾根 ... 189  
- 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -
6. 현행 의료법의 문제점 ..... 金慶濟 ... 229
7. 헌법불합치결정과 입법시한 ..... 池成洙 ... 275

8. 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성 .....	鄭光賢 ... 315
--	-------------

9. 헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기 .....	朴燦柱 ... 353
---	-------------

<附 錄>

憲法論叢 收錄 論文索引 .....	445
--------------------	-----

# 현행 의료법의 문제점

金 慶 濟

동국대학교 법과대학 교수

## - 目 次 -

I. 시작하기 .....	231
II. 입법학의 주요 관심사 .....	232
1. 입법학의 등장 배경 .....	232
2. 좋은 법의 요건 .....	234
III. 의료법의 제정 목적 .....	236
1. 목적조항을 통한 제정 목적 .....	236
2. 그 밖의 조항을 통한 제정 목적 .....	238
3. 제정목적 불일치가 초래하는 결과 .....	240
가. 논리체계의 혼란 .....	240
나. 조항해석의 곤란성 .....	242
IV. 의료법이 규율하는 행위와 행위자 .....	246
1. 의료법이 전제하는 행위 .....	246

가. 목적 조항을 통한 의료법의 규율행위 .....	246
나. 그 밖의 조항이 규율하는 행위유형 .....	248
다. 구성요건 행위로서 의료행위 .....	250
2. 의료법이 규율하는 행위자 .....	253
가. 의료인 .....	253
나. 일반인 .....	254
V. 제재규정과 명확성의 원칙 .....	255
1. 제재의 종류 .....	255
2. 제재규정의 명확성 .....	257
가. 제재규정 형성원칙 .....	257
나. 의료법 제87조 제1항 및 제27조 제1항의 문제점 .....	259
3. 개념규정의 제정 필요 .....	261
4. 면책조항에 대한 입법 요청 .....	262
가. 의료행위의 불명확성 .....	262
나. 위험성을 해소하는 방법 .....	265
VI. 마무리 .....	267
* 국문초록 및 주제어 .....	269
* 독문초록 및 주제어 .....	270
* 참고문헌 .....	272

## I. 시작하기

현재 시행되고 있는 법률 가운데에서 그 위헌성이 문제되어 헌법재판소에 의하여 다루어진 사례 중 아직 해결되지 않은 것 중 하나가 의료법이다. 원래 의료법은 국민이 수준 높은 의료혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민건강을 보호하고 증진하기 위한 목적으로 제정되었고 그리고 의료법은 기타 의료관계법의 기준법 혹은 일반법으로 작용한다는 점에서 중요한 의미를 가진다.<sup>1)</sup>

최근에 의료법의 위헌성이 특히 문제가 되었던 이유는 질병이나 치료에 관하여 그간 새로운 사실이 발견되거나 혹은 경험이 축적되어 일반 국민들의 의료관계 지식수준이 높아졌다는 것이 중요한 원인일겠지만 그것과 더하여 의료법 자체가 가지는 입법학적인 문제점도 그 한 이유일 수 있다. 특히 의료법이 규율대상으로 삼는 의료행위는 어디까지가 의료법에서 규율해야 할 의료행위에 해당하는지 그리고 어디서부터는 의료법에서 규율할 필요가 없는 행위인지 명확히 구분할 수 없고 또 의료법 영역에서 발생하는 문제들은 민법이나 형법을 통하여 규율<sup>2)</sup>할 수 있기 때문에 두 법률 간의 관계에서도 의료행위의 한계 문제가 발생될 수 있다.

여기에 더하여 의료법은 개정 단계를 거치면서 의도적으로 혹은 실수로 특정 대상을 규율하지 않은 부분이 있었기 때문에 입법의 공백으로 인하여 혼란이 가중되었다. 예컨대 뜸은 1943년 이래 법 제도 안에서 하나의 의료행위로 허용되어 오던 것이 1962년 구사자격이 폐지되면서 이와 관련하여 아직까지도 그 허용성을 두고 문제가 발생하고 있다. 예컨대 최근에 문제된 사례로 뜸 시술행위가 의료법에 위반되는 행위인 점은 인정하면서도 이에 대하여 내려진 유죄취지의 기소유예처분이 시술자의 평등권과 행복추구권

1) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2., 282면 참조.

2) Vgl. Laufs, Adolf, Arztrecht, 5. Aufl., München, 1993, Rn. 20.

을 침해하였다는 이유로 기소유예처분을 취소한 결정이 있다.<sup>3)</sup> 그 뿐만 아니라 의료법은 의료법 각 규정이 명확성의 원칙을 충족할 수 없다는 이유<sup>4)</sup>로 혹은 특정 조항이, 예컨대 태아성감별행위 금지를 규정한 조항이 헌법에 합치하는 지<sup>5)</sup> 의료기록부작성 및 서명의무부과<sup>6)</sup> 및 의료광고금지<sup>7)</sup>를 규정한 조항이 관계인의 기본권을 침해하는지가 문제되었다.

이러한 배경 아래에서 이 글은 현행 의료법이 가지고 있는 문제점을 입법학적인 관점에서 밝히는데 초점을 맞춘다. 기술 순서로는 먼저 입법학적인 관점에서 하나의 법이 좋은 법이라는 평가를 받기 위하여 필요한 요건(II)을 설명하고 이것을 바탕으로 의료법은 입법목적을 각 조항을 통하여 충실하게 구현하였는지(III), 행위와 행위자 요소를 명확하게 특정하였는지(IV), 의료법의 제정목적을 관철하기 위하여 제재수단을 충분히 확보하였는지(V) 순서로 검토하고 이 글을 마무리(VI) 한다.

## II. 입법학의 주요 관심사

### 1. 입법학의 등장 배경

입법학이, 입법자의 개별 입법행위로 만들어진 법률 그 자체 예컨대 민법 그 자체에 관한 연구 이외에, 독자적으로 법률학의 한 분야로서 각광을 받게 된 것은 입법학이 법률을 만드는 형식적인 과정만을 연구대상으로 하기 때문이 아니다. 그것만이 아니라 입법학이 독자적으로 주목을 받게 되는 것

3) 헌재 2008헌마627, 판례집 23-2하, 476 이하.

4) 예컨대 헌재 2008헌마627, 판례집 23-2상, 37면 이하. 이 사건과 관련하여서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2., 281면 이하 참조.

5) 대표적으로 헌재 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236 이하.

6) 헌재 2008헌마593, 판례집 21-2하, 907 이하.

7) 대표적으로 헌재 2006헌가4, 판례집 19-2, 1 이하.



은 오히려 입법의 홍수 속에서 더 좋은 법률이 되게 하는 요소들을 찾아내는 것을 연구의 대상으로 하기 때문이다.<sup>8)</sup> 그리고 좋은 법이란 내용적으로 분명한 목표와 이것을 달성할 수 있는 수단을 갖추고 그리고 각 조항이 전체적으로 올바르게 형성되고 정돈되어 있으며 완전하고 명확한 법<sup>9)</sup>을 말한다.

물론 좋은 법은 내용적인 관점에서 그리고 법 형식적인 관점에서 각각의 요구사항을 충족하여야 하지만 그 이전에 올바르게 성립되어야 한다. 즉 법의 제정도 절차적으로 법이 되기 위한 요건을 충족하여야 한다. 특히 헌법국가에서는 헌법에 따라 국가가 운영되기 때문에<sup>10)</sup> 헌법에서 정한 절차에 따라 헌법 그 자신뿐만 아니라 그 이하의 법들도 제정되어야 한다.<sup>11)</sup> 만약 하나의 법이 제정과 관련하여 필요한 요건을 충족하지 못한다면 그 법은 정당성에 문제가 발생한다. 그러면 그 법은 그 법의 준수자로부터 그 법에 대한 불복종을 초래하는 근거를 제공하게 된다.<sup>12)</sup> 특히 법의 성립절차와 관련하여 우리 법현실에서는 문제가 많았다. 이와 관련된 대표적인 사례로는 과거 유신헌법의 성립이나 최근의 일로 미디어법 국회통과가 그 예이다. 유신헌법의 성립은 당시 헌법이 무시된 상태에서 만들어졌는데<sup>13)</sup> 그 이후 이와 관

8) Vgl. Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 44 ff.

9) Zittelmann, Ernst, Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrag, Dresden 1994 S. 5, in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 66; Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287 ff.

10) Badura, Peter, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987, Rn. 28.

11) 국가작용의 합헌법성에 관해서는 김경제, 국민주권에 대한 오해, 서울대학교 法學 제 46권 제3호, 2005. 9., 397면 이하, 특히 411-413면 참조.

12) Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: Schreckenberger, Waldemar/ Merten, Detler, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin, 2000, S. 20.

13) 당시 대통령은 1972년 10월 17일 19시를 기해 당시 헌법에는 근거도 없이 국회를 해산하고 정당 및 정치활동의 중지 등 당시 헌법의 일부 조항의 효력을 정지시켰으며 이 정지된 헌법조항의 기능을 자신이 임명한 비상국무회의에 의하여 수행하게 하고 이 비상국무회의로 하여금 헌법개정안을 마련·의결하게 하고 이것을 대상으로 전국 주요도시에 선거계몽강연회를 개최하는 방법으로 국민들에 영향을 끼쳐 1972년 11월 21일 국민투표를 실시하여 가결시켰다. 이러한 전체 과정에서 당시 헌법의 “헌

련된 정당성의 문제로 국가운영 자체가 어려워졌고 궁극적으로 당시 대통령이 불명예스럽게 죽게 되는 결과를 초래하였으며 미디어법과 관련하여서는 헌법재판소에 의하여 제정과정에서<sup>14)</sup> 국회의원들의 국회입법권한이 침해되었다는 결정<sup>15)</sup>까지 받았었다.

## 2. 좋은 법의 요건

입법학의 주된 관심사는 그러므로 법 성립의 문제가 해결되었다면 내용적으로 명확하게 입법의도가 조항을 통하여 드러나고 그리고 그 입법의도를 실현시키기 위하여 규율대상과 규율수단을 언어적으로 분명히 그리고 완전히 하는 것에 두어진다.<sup>16)</sup> 다시 말하면 입법학에서 주로 다루는 사항은 하나의 법이 가지는 규율목적을 완전히 달성하기 위하여 조항 속에 규율목적 그 자체, 규율대상, 강제수단 및 그 한계를 언어적으로 분명히 하는 것이다. 하나의 법률 조항이 추상적일수록 그리고 일반적일수록 그 법은 더 쉽게 명확성의 원칙과 충돌하게 되고 그 법률에 대한 이해성과 구체성도 떨어진다.<sup>17)</sup>

---

법제정과정”은 철저하게 무시되었다. 유신헌법의 제정과정에 관해서는 성낙인, 대한민헌법사, 법문사, 2012, 240면 이하 참조.

14) 국회는 2009년 7월 22일 신문법안, 방송법안 및 인터넷멀티미디어법안을 국회에 의결 상정하였는데 이 법안들은 여야 간에 합의가 이루어지지 않아 관련 상임위원회에서 기한까지 심의가 이루어지지 않자 당시 국회부의장이 직권 상정하고 야당의 표결방해를 막고자 토론과 질의 없이 투표할 것을 선언하고 투표를 마친 결과 당시 재적 294인, 재석 145인, 찬성 142인, 반대 0인, 기권 3인으로 나타나 정족수가 부족한 사실이 확인되자 재투표를 실시하여 재적 294인, 재석 153인, 찬성 150인, 반대 0인, 기권 3인으로 결과가 직계되자 가결되었음을 선포하였던 사건이다. 이 일련의 과정이 가지는 문제점에 관하여는 김경제, 방송법개정안 2차 의결의 헌법적 문제점, 유럽헌법연구 제8호, 2010. 12. 263면 이하 참조.

15) 판례집 21-2하, 14면 이하.

16) Vgl. Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287 ff.

17) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287.

이때 입법목적은 그 법을 제정하게 된 동기를 말한다. 그리고 이 목적은 다른 한편에서 그 법의 적용영역이 다른 법들과의 관계에서 어느 영역까지 인지를 확정하여 주는 기능을 하기도 한다.<sup>18)</sup> 그리고 규율대상은 그 법이 규율하는 대상을 말하는 것으로 법이 행위규범, 조직규범 그리고 강제규범이라고 한다면<sup>19)</sup> 그 대상은 그 법이 규율하고자 하는 “행위”, 그 법률이 만들어 낸 “조직” 그리고 그 법에서 사용하는 “강제수단”이 그 대상이다. 그리고 현대 성문법체계에서는 이러한 전체 내용을 언어적인 형태로 조항을 통하여 드러냄으로<sup>20)</sup> 그 법률이 가지고 있는 각각의 내용들을 언어를 통하여 법률조항의 형식으로 만들어내야 한다. 그러므로 입법학에서 “언어”는 중요한 의미를 가진다.<sup>21)</sup> 이때 법률조항의 형식이란 일정한 조건(구성요건)이 발생하면 일정한 법률효과가 주어진다는 내용으로 문장을 구성하는 것이다.<sup>22)</sup>

그러므로 의료법이 가지고 있는 문제점을 입법학적인 관점에서 점검한다는 것은 입법학에서 하나의 법을 입법할 때 중요한 것으로 간주하는 사항을 의료법이 개별 조항 안에서 제대로 구현하고 있는가를 확인하는 작업이다. 즉 입법자가 의료법을 제정할 때 가진 목적을 조항을 통하여 제대로 표현하고 있는지 의료법이 규율하고자 하는 내용, 행위나 행위자를 분명하게 제시하였는지 그리고 의료법에 의하여 창설되는 조직이 의료법이 추구하는 목적을 달성하게 하기 위하여 충분히 체계적인지 그리고 의료법을 통하여 달성하고자 하는 결과를 얻어내기 위하여 강제수단은 적절하게 갖추었는지를 검토하는 것이다.

18) 이와 관련하여서는 현재 2008헌가19(병합)결정을 참조. 이 결정에서 헌법재판소는 의료법이 규율하는 소위 “의료행위”라는 것을 다른 행위와 구별하기 위하여 이 법의 “목적”조항을 이용한다. 판례집 22-2상, 37, 56 참조.

19) 변해철 · 김동훈 · 이훈동 · 이동훈, 신법학입문, 삼우사, 2006, 29면.

20) Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der ‘Rechtswissenschaft’, 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 71.

21) Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 184 ff.; Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg, 2002, S. 261 ff.

22) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, 18 f; Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 386 f.

### Ⅲ. 의료법의 제정 목적

#### 1. 목적조항을 통한 제정 목적

먼저 의료법은 의료법 안에 목적 조항을 가지고 있음으로 의료법의 제정 목적이 분명히 제시되어있는지 이 조항을 문언적으로 해석하여 검토하여 보자. 여기서 문언적이라 함은 의료법의 제정목적에 담은 그 조항을 그 조항을 구성하고 있는 단어와 그 단어들의 배열 그리고 전체문장 그 자체를 가지고 그 조항이 가지고 있는 의미를 파악하는 것이다.<sup>23)</sup> 그리고 이 문언적 해석이 법조항을 해석할 때 중요한 이유는 법조항을 구성하는 문언으로부터 모든 해석은 출발하며 또한 그 문언이 가진 의미의 한계가 그 조항의 의미를 해석하는 데 한계를 구성하기 때문이다.<sup>24)</sup> 그러므로 법을 해석할 때에는 그 법에 사용된 단어가 가지는 의미의 한계 안에서 그 단어의 뜻을 찾아내어 그것을 전체 법이나 그 법조항의 의미를 해석할 때 사용하여야 하며 단어들의 조합이나 전체 문장의 경우에도 단어의 조합 속에서 추론되는 당연한 의미를 발견하고 혹은 그것을 확인하기 위하여 다른 조항들과의 관계에서 그것을 비교한다.<sup>25)</sup> 그리고 이때 해석을 통하여 찾고자 하는 법의 의미는 그 법을 제정한 입법자들이 그 법을 제정할 때 개인적으로 가졌던 의도를 밝히는 것이 아니라 그 법에서 드러나는 객관적인 의미를 밝히는 것이다.<sup>26)</sup>

의료법의 제정목적은 의료법 제1조는 [목적]이라는 이름으로 다음과 같이

23) Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der 'Rechtswissenschaft', 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 134; Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

24) Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der 'Rechtswissenschaft', 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 143; Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin, 1998, S. 117; BVerfGE 71, 108, 115.

25) Vgl. Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

26) Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

기술하고 있다. “이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규율함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.” 의료법의 제정목적은 알아내기 위하여 이 조항의 내용을 분석하여 보자. 먼저 이 문장은 부속언어를 제외하고 나면 [이 법(을 제정하는 목적)은 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다]이다. 이 부분에서 제외된 ‘모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록’ 하는 부분과 ‘국민의료에 필요한 사항을 규율함으로써’는 이 문장에서는 주된 요소가 아니다. 이 부분들이 이 문장 안에서 의미가 있다면 이 법이 가진 목적인 “국민의 건강을 보호하고 증진하는” 목적을 달성하는 수단으로서 국민의료에 필요한 사항을 “규율”이라는 방법이 동원되었다는 것을 알려주는 것 그리고 의료에 필요한 사항을 “규율”해야 할 방향은 ‘모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록’ 하는 데 있음을 말해주는 것이다.

그러므로 이 목적 조항을 통해서 나타나는 의료법의 제정목적은 “국민의 건강을 보호하고 증진하는 것”이다. 그것이 제1차적인 목적이고 그것을 달성하기 위한 방법이 국민의료에 필요한 사항을 규율하는 것이다. 이 목적 조항에서 추론되는 1차적인 목적이 국민건강의 보호와 증진이므로 이하의 법조항에서는 국민건강의 보호와 증진을 위한 여러 방안들이 먼저 논의되어야 한다. 만약에 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규율함”의 방법으로 이 목적을 달성할 수 있다면 이 목적 조항 이하의 규정에서는 “의료 혜택”의 의미가 무엇인지 그리고 요구되는 “수준 높은 의료 혜택”은 어느 정도까지의 혜택을 말하는지가 설명되어야 한다. 예컨대 “국가는 모든 국민이 그들의 신체건강 혹은 정신건강을 증진하기 위하여 필요한 의료시설을 구비하여야 한다”는 조항이나 “모든 국민은 매주 1회 이상 정해진 의료기관에서 정신적·육체적인 검진을 받아야 한다”는 조항이 그 예일 수 있다. 왜 이런 조항이 들어와야 하는가 하면 이 목적 조항에 들어와 있는 “국민의료”라는 단어는, 물론 이 단어가 이 법에 의하여 만들어진 전문용어임으로 정의조항을 통하여 설명되어야 하겠지만,

각각 단어의 의미나 일반적인 단어 조합 방식에 따라 해석하면 언뜻 “국민을 대상으로 하는 정부 혹은 국가의 의료서비스”<sup>27)</sup>라는 의미를 가지는 것처럼 보이기 때문이다.

그리고 이런 내용이 모두 기술되고 나면 이제 필요한 범위 안에서 국가 밖의 의료시설 이용에 관한 부분 그리고 의료행위 단속에 대한 내용이 기술되어야 한다. 어쨌든 이 목적조항을 통해서도 의료행위나 의료기관 혹은 의료인에 대한 기술은 부속적이다.

## 2. 그 밖의 조항을 통한 제정 목적

그러면 여기서 의문이 제기된다. 왜냐하면 이 목적 조항에 이어서 등장하는 조항에는 어디에도 국민건강을 보호하고 증진한다는 내용과 “직접” 관련된 어떤 조항도 발견되지 않기 때문이다. 더군다나 “국민의료”나 “의료 혜택”의 의미에 대한 설명도 없고 그리고 어느 정도의 혜택이 적절한 혹은 요구되는 의료혜택의 “수준”인지도 언급되어 있지 않다. 더군다나 이 목적조항이 들어있는 부분은 의료법에서 “총강”에 해당함으로 이 장에서 이 법이 지향하는 기본적인 가치나 전문용어에 대한 설명이 기술되어 있어야 한다<sup>28)</sup>. 그러나 이렇게 되어있지 않고 제1조 목적조항 그 이후로는 바로 제2조 [의료인], 제3조 [의료기관] 등 의료행위와 관련된 규정 등이 등장한다. 그리고 이런 흐름은 의료법의 마지막까지 이어진다.

의료법을 분석할 때 의아한 것은 제1조 목적 조항에서는 이 법이 제정 목적이 제1차적으로 국민건강의 보호와 증진이라고 선언하고 있고 그리고 그

27) 왜냐하면 “국민”이라는 단어는 특히 법률에서 사용될 때에는 정부 혹은 국가를 전제로 하는 혹은 국가를 상대로 그 구성원들을 나타낼 때 사용되는 단어임으로 국민의료라는 것은 정부의 혹은 국가의 국민에 대한 의료(행위)라고 이해된다.

28) Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 177; Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at 106.

다음의 목적으로 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받게 한다고 선언하였으면 서도 개별적인 법조항을 축조할 때 이와 관련된 어떤 내용도 법 조항에는 존재하지 않는다는 점이다. 그 밖의 규정들을 더 분석하여 보아도 달라지지 않는다. 개괄적으로 전체 법조항을 분석하여 보면 총칙 부분의 다른 조항에서 의료인과 의료기관이 나와 있고 제2장에서 의료인의 자격과 면허, 의료인의 권리의무, 의료행위의 제한, 그리고 의료인 단체, 제3장에서 의료기관, 제4장 신의료기술평가 그리고 제5장에서 의료광고, 제6장에서 감독, 제7장에서 의료분쟁의 조정, 제8장 보칙 그리고 제9장 벌칙으로 규정되어 있다. 의료법 제1조 목적조항만을 제외하고 나면 모든 조항이 의료인, 의료기관, 의료행위 그리고 의료분쟁해결과 의료법 위반에 대한 제재로 채워져 있다.

이것을 종합하면 의료법 제1조를 제외하고는 그 밖의 조항을 통하여 추론되는 의료법의 제1차적인 제정목적은 의료인과 의료행위를 규율하는 것이다. 이것은 체계적으로나 혹은 분량의 면에서 분명하다. 목적조항에서 주된 목적으로 제시하였던 국민건강의 보호와 증진이나 수준 높은 의료혜택의 제공은 의료인이나 의료행위를 규율하는 규정 뒤로 숨어버렸다.

그 밖의 조항에서 혹은 의료법 전체에서 이 법의 제정 주 목적이 의료행위를 규율하는데 있음이 명백히 드러나는 것은 이 법 제9장에 규정되어 있는 벌칙 규정을 보면 더욱 분명하여 진다. 입법자는 자신들이 가졌던 입법 목적을 달성하기 위하여 법률에 일정한 제재수단을 마련하여 둔다.<sup>29)</sup> 그러므로 이 제재 대상 행위를 분석하여 보면 입법자의 입법목적은 알 수 있다. 그런데 이 벌칙 조항에서 벌칙과 결부된 행위는 모두 “의료행위” 그 자체나 혹은 그와 관련된 행위이다. 즉 의료법에서 가장 무겁게 처벌하는 내용을 담은 규정이 의료법 제87조인데 여기에 해당되는 행위로 1. 면허를 대여하는 행위, 2. 의료시설 파괴나 손상 혹은 의료행위 방해, 전자처방 누출 혹은 변조 및 훼손행위, 개인정보 탐지, 누출, 변조, 훼손, 무면허 의료행위, 의료기관 개설행위가 명시되어 있다. 그런데 이들은 모두 “의료행위”와 직접 관

29) Vgl. Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 154 ff.

련되어 있다. 이러한 행위를 이 법에서 가장 엄하게 처벌하고자 한다는 것은, 물론 그 밖의 내용도 중요하게 입법자가 염두에 두었다고 하겠지만, 이 법을 제정한 가장 중요한 목적은 “의료행위”를 규율하고자 함에 있었다는 것을 말하는 것이다. 그러므로 이 벌칙 조항에서도 이 의료법을 제정한 주된 목적은 의료행위를 규율하는데 있었다는 사실을 추론할 수 있다.

### 3. 제정목적 불일치가 초래하는 결과

#### 가. 논리체계의 혼란

하나의 법이 있을 때 그 법이 가진 목적 조항을 통하여 드러난 그 법의 입법목적과 그 밖의 조항들로부터 드러나는 입법목적이 일치하지 않으면 여러 가지 문제가 발생할 수 있다. 먼저 논리체계로서 법에게 요구되는 내용의 일관성에 문제가 발생한다. 특히 법의 목적 조항은 그런 조항을 가진 법이라면 그 조항이 그 법의 맨 앞에 위치하는데 그 조항이 가진 목적과 이에 수반하는 그 밖의 조항이 그와 다른 목적을 가지고 있다면 논리체계에 문제가 발생한다. 이것은 그 목적 조항을 통하여 드러나는 목적이 그 밖의 조항을 통하여 드러나는 목적과 서로 주된 목적과 간접 목적간의 역전 관계라고 하여도 다르지 않다. 왜냐하면 법 조항 사이에 주 목적과 간접 목적 간에 일치하지 않는다면 이것은 이 법을 만들 때 입법자가 입법기술이 없어서 그 목적에 맞는 법 조항을 만들어 내지 못하였다는 점을 보이는 것이거나 아니면 그 목적 조항을 규정할 때 내용을 잘못 형성하였다는 것을 의미하기 때문이다. 모두 잘못된 입법행위이다. 하나의 법을 제정할 때 원래의 목적이 목적 조항을 통하여 나타난 것이라면 그것에 맞게 그 밖의 조항을 형성하여야 한다. 다른 법조항을 통하여 추출되는 목적이 그 법을 제정하려고 하였던 본래의 제정 목적이었다면 목적 조항은 그들 조항이 가진 목적내용과 맞게 다시



기술하여야 한다.<sup>30)</sup> 적어도 입법과정에서 이런 불일치는 제거되어야 한다.

법 조항을 축조할 때에는 체계적으로 그리고 상호 모순 없이 배열하여야 한다.<sup>31)</sup> 어떤 조항도 상호 의미의 연관 없이 들어 와서는 아니 되고 어떤 용어도 그 법과 관련이 없다면 사용되어서는 안 된다.<sup>32)</sup> 그 법률을 더 잘 그리고 완전히 이해할 수 있게 하기 위함이다. 만약 하나의 법 조항 안에서 사용된 용어들이 서로 공존할 수 없는 것이라면 그 조항에서는 어떤 의미도 끌어낼 수 없을 것이다. 그리고 만약 어떤 법 조항에서 사용된 용어들이 그 조항 안에서는 일정한 의미를 충분히 가지고 있다고 하더라도 다른 조항에서 다른 의미로 사용된다면 두 조항을 전체적으로 볼 경우 그 법 안에서 진정하게 의도하였던 것이 무엇인지 혼란을 초래할 것이다. 이러한 결과는 하나의 조항이 포섭하고 있는 대상에 대하여 그 조항에서 내린 법률효과와 다른 조항에서 그 대상에 대하여 다른 내용의 법률효과를 부여할 때에도 발생할 수 있다. 그것이 금지라면 과연 그 법 전체에서 그 금지 대상이 진정 금지되는지 혹은 허용되는지 혼란이 발생할 수 있다.

그러므로 통상의 입법례에서는 그 법의 목적 조항을 통하여 얻어지는 입법목적과 그 밖의 조항을 통하여 드러나는 입법목적이 일치한다. 다른 법이나 법전에서 찾을 수 있는 간단한 법들을 통하여 예를 들어보자. 신원보증법은 전체 7개 조항으로 구성되어 있는데 제1조가 [목적]조항이다. 그리고 국가배상법도 또한 제1조가 [목적]조항이다. 그러므로 이 조항을 통해서 입법자가 이 법을 제정할 때 어떤 의도를 가지고 어떤 내용을 규율하려고 하였는지 알 수 있다. 그래서 이 조항 이후에 어떤 내용을 가진 법 조항들이 등장할지 예측이 가능하다. 그리고 실제로도 그런 예측은 적중한다. 즉 국가

30) See Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 177-178.

31) Vgl. Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 421.

32) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 424; See Martineau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, at Chapter 9 A.

배상법은 그 목적이 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임과 배상절차를 규정함”에 있다고 함으로 이어서 바로 제2조에서 [배상책임]이 나오는 것과 같이 배상책임과 절차가 규정되어 있고 신원보증법도 이 법의 목적이 “신원보증 관계를 적절히 규율함”이 목적이므로 그 밖의 조항에서 [정의], [신원보증계약의 존속기간 등], 그리고 [신원보증인의 책임]들로 채워져 있다. 그러므로 이런 법들은 그 전체의 내용을 이해하기가 쉽다. 그 법이 가진 목적을 정확히 알 수 있다.

#### 나. 조항해석의 곤란성

그런데 의료법에서는 이와 반대로 규정되었다. 제1조 목적 조항에서는 이 법의 제정 주 목적이 국민건강의 증진과 보호가 주 목적인다고 하였는데 그 밖의 조항은 “의료행위”를 규율하는 것이 주된 목적인 것처럼 규정되어 있다. 두 조항 간에 입법의 주된 목적이 다르다. 논리적인 법이 아니라는 것을 의미한다. 그러므로 이 법은 이해하기가 힘들다. 어디에 이 법의 주된 목적이 있는지 알 수 없기 때문이다. 그런데 문제는 여기에 그치지 않는다. 이 목적 조항의 내용이 그 밖의 조항과 일치하지 않기 때문에, 특히 목적 조항을 통하여 중요하게 전제하였던 사항과 그 밖의 조항에서 전제하는 중요한 사항이 일치하지 않음으로, 그 법의 개별 조항을 해석할 때 문제가 발생한다. 왜냐하면 개개의 법 조항은 그 조항을 통하여 규율하고자 했던 사회적, 경제적, 정치적 문제<sup>33)</sup>를 해결하기 위하여 마련된 구체적인 하나의 수단을 의미하기 때문이다. 그러므로 개개의 법 조항은 언제나 그 법의 제정목적과 연결하여 - 특히 제정목적이 목적조항을 통하여 드러나 있을 때에는 더욱 더 - 해석하여야 한다. 이때 그 조항을 해석한다는 것은 그 조항에서 예정하는 행위가 어떤 행위인지 규명하는 것 그리고 그 조항의 적용대상자는 누구

33) Gierke, Otto von, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, S. 79 in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 87.

인지 또 어떤 법률효과가 부여되는지를 밝히는 것이다.

이러한 방식으로 의료법 제27조 제1항에 규정되어 있는 “의료행위”의 의미를 해석하려고 하였던 시도가 헌법재판소에 의하여 실제로 이루어진 적이 있었다. 이 시도는 2008헌가19 등 병합결정<sup>34)</sup>에서였는데 이 사건에서는 “혈 자리에 자석을 부착하였다가 일정한 시간이 지나면 떼어주는 행위”<sup>35)</sup>나 “일정한 자리에 쑥을 말아 붙이고 그것을 태워 그 열로 그 부분을 데우는 행위”<sup>36)</sup>가 “의료행위”에 해당하는지가 중요한 쟁점이었다.<sup>37)</sup> 이 결정에서 헌법재판소는 의료법 제27조 제1항에 규정된 의료행위의 의미를 의료법 제1조의 목적 조항과 그 밖의 조항을 통하여 찾고자 하였다.<sup>38)</sup> 그리하여 헌법재판소는 의료법 제27조에 규정된 의료행위란 [의료행위에는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학

34) 판례집 22-2상, 37면 이하.

35) 2008헌바108 사건.

36) 2008헌가19 사건.

37) 이 결정의 문제점에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 281면 이하 참조.

38) [의료법 제1조는 “이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 “의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.”고 규정하면서 제1호에 “의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.”, 제2호에 “치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.”, 제3호에 “한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.”고 규정하고 있다. 또한, 같은 법 제12조는 ‘의료행위란 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행’이라고 정의하고 있다. 위와 같은 의료법의 각 규정내용과 입법취지 등을 살펴보면, 무면허 의료행위를 처벌하는 취지는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편, 의료법 제27조에서 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이다. 따라서 위와 같은 입법취지를 감안할 때, 의료행위에는 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 포함된다 할 것이다. 판례집 22-2상, 37, 56-57.

상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]<sup>39)</sup>라고 정의했다.<sup>40)</sup>

그런데 여기서 문제가 발생한다. 분명히 혈자리에 자석을 부착하였다가 일정한 시간이 지나면 떼어주는 행위나 일정한 자리에 쑥을 말아 붙이고 그것을 태워 그 열로 그 부분을 데우는 행위가 곧바로 의료법 제27조 제1항에서 규정하고 있는 “의료행위”에 해당하는가? 헌법재판소는 이 목적조항과 그 밖의 조항을 통하여 그렇다고 답하였다. 의료법 제1조 목적조항을 통하여 해석하면 의료법이 규율대상으로 삼을 수 있는 행위는 국민건강 보호행위와 국민건강 증진행위이다. 어떤 행위이든 이 요건을 충족하면 의료법 제1조에 따라 의료법에 수용될 수 있다. 물론 여기에도 조건은 있다. 그 행위를 입법자가 “국민의료에 필요한 사항”이라고 판단하여야 한다. 그래서 만약 뜸을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 이 두 조건을 충족시키면 이 행위는 의료법이 이 행위를 독자적으로 규율할 수 있다. 이렇게 하여도 입법 취지에 어긋나지 않는다.

그런데 의료법 제27조 제1항이 규율하는 행위는 의료행위이다. 이 “의료행위”라는 행위는 의료법에 의하여 만들어진 전문용어이지만 이 용어에 대한 개념정의가 없다. 그래서 억지로 의료법 내용을 가지고 풀어보면 의료행위란 의료법 제2조에 따라 “의사가 임무로 하는 행위”라고 정의된다. 의료법 제2조가 의료인이라는 제목으로 의료인에 의사가 포함된다고 하고 의사는 “의료”를 임무로 한다고 규정하고 있기 때문이다. 그리고 의료법 제27조 제1항이 “의료행위”를 규정하고 있음으로 이 “의료행위”라는 행위종류는 의료법 제1조가 전제하는 두 가지 요건, 즉 국민건강 보호행위나 증진행위일 것과 규율할 필요가 있는 사항일 것의 요건을 충족한다고 전제된다. 그리고 실제로도 의사가 임무로 하는 행위를 “질병을 치료하는 행위”라고 한다면

39) 판례집 22-2상, 37, 57.

40) 이러한 개념정의의 문제점에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 299-300면 참조.

의사가 임무로 하는 행위인 의료행위는 이 두 요건을 충족한다. 물론 입법학적으로는, 의료법 제27조와 같이, 개념 정의되지 않은 용어를 사용하여 금지조항을 만들지 않는다.<sup>41)</sup> 왜냐하면 하나의 조항을 정의되지 않은 용어를 사용하여 구성한다면 그 조항은 의미를 밝히기가 어렵기 때문이다.<sup>42)</sup> 입법기술적으로는 금지조항을 개념정의가 필요한 용어로 구성해야만 한다면 별도의 조항에서 그 용어를 설명하여 주어야 한다.<sup>43)</sup>

의료법 제27조 제1항이 의미를 가지는 것은 여기까지이다. 의료법 제27조 제1항에 “의료행위”라는 행위유형이 규정되어 있다는 사실은 “의료행위”가 입법자에 의하여 국민건강 보호행위나 증진행위에 해당되는 행위이고 그리고 규율할 필요가 있는 사항임을 인정받았다는 점을 말하는 것이 전부이다. 의료법 제27조 제1항으로부터 의료행위라는 것이 구체적으로 어떤 모양을 가진 행위인지 알 수 없다. 설사 의료행위를 의료법 제2조를 통하여 “의사가 임무로 하는 행위”라고 하여도 마찬가지이다. 그렇다고 하여도 “의사가 임무로 하는 행위”가 어떤 행위정형, 특성 혹은 외적 형태<sup>44)</sup>를 가진 행위인지 이 용어로 알 수 없고 게다가 어디까지가 의사가 “임무”로 하는 행위인지 다시 문제가 제기되기 때문이다. 그래서 의료법 제27조 제1항의 의료행위는 행위구성요건으로 기능하지 못한다.

그러므로 여기에 땀을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 속하는지는 다른 문제이다. 이 두 행위유형이 의료법에 의하여 포섭되는 행위가 되려면 이 두 행위유형이 의료법 제1조가 예정하는 조건을 충족할 수 있는지 다시 판단하여 보아야 한다. 땀을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 건강을 보

41) See Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178-179; see Martineau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, at 107.

42) Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178-179.

43) Martineau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, at 107.

44) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 102면, 109면 참조.

호하거나 증진하는 행위라고 하더라도 현행 의료법은 이 행위를 의료법에 수용하지 않았다. 왜냐하면 의료법 어디에도 뜯 뜯는 행위나 자석을 붙이는 행위가 규정되어있지 않기 때문이다. 이것은 입법자가 이런 행위를 “국민의료에 필요한 사항”으로 보지 않았다는 것을 의미한다.

이렇게 하나의 사실을 두고 두 조항 간에 평가가 달라지는 것은 의료법 제1조와 제27조 제1항이 그 자체로 잘못 구성되었기 때문이기도 하지만 두 법의 입법목적이 다르기 때문이다. 의료법 제1조에 따르면 뜯 뜯는 행위나 자석을 붙이는 행위도 의료법에서 포섭할 수 있다. 다만 의료법이 이 행위를 포섭할 수 있기 위해서는 입법자가 이들 행위들을 (국민의료에 필요한 사항임을 인정하여) 개별 조항으로 의료법에 규정하였어야 한다.

그런데 여기서 이들 행위가 의료법에 규정되어 있다고 하더라도 그것이 의료법 제27조 제1항이 말하는 의료행위이기 때문이 아니다. 이들 행위가 의료법이 규율하고자 하는 행위요건, 즉 “건강을 증진하는 행위”이고 입법자가 이들 행위를 “규율할 필요가 있는 사항”이라고 판단하였기 때문이다. 이런 내용이 의료법에 없는 상황에서 뜯 뜯는 행위나 자석 붙이는 행위를 의료법으로 규율하려고 의료법 제27조 제1항을 무리하게 의미 확장한 것은 의료법의 목적조항과 27조 제1항의 의미를 오해한 것이고 이 두 조항의 상호 연결 관계를 고려하지 않은 것이다.

## IV. 의료법이 규율하는 행위와 행위자

### 1. 의료법이 전제하는 행위

#### 가. 목적 조항을 통한 의료법의 규율행위

입법학의 관점에서 하나의 법률을 평가할 때 가장 많은 무게를 두어야 할

사항이 행위이다. 왜냐하면 법은 행위규범이기 때문이다. 행위규범으로서 법은 그 준수자에게 일정한 방식, 그 법에서 요구하는 방식대로 행위를 할 것을 요구한다.<sup>45)</sup> 그 법에서 채택한 행위 방식은 그 공동체 구성원들이 공존을 위하여 필요하다고 인정한 방식이다. 그 구체적인 행위방식은 적극적인 행위, (타인의 행위에 대하여) 허용 혹은 용인, 그리고 행위 하지 않는 것이다.<sup>46)</sup> 그것이 정치적인 영역에서 일어나는 것이든 경제적인 영역 혹은 이념적인 영역에서 이루어지는 것이든 마찬가지이다. 이러한 면에서 법은 그 사회가 지향하는 가치체계를 질서화한 것이다.<sup>47)</sup> 그리고 행위 할 것을 요구함으로써 법은 자신의 의사를 관철할 수 있는 일정한 강제수단을 가진다. 그 강제수단은 요청되는 행위에 대하여 그 행위자에게 그것을 행위하지 않았을 때 부담을 가하는 방식이거나 혹은 그 행위를 하였을 때 이익을 주는 방식<sup>48)</sup>으로 이루어진다.<sup>49)</sup>

다른 한편 법은 행위“규범”이라는 의미에서 법은 행위 그 자체를 규율하기 위하여 탄생하였지만 그 요구는 행위자에게 향한다.<sup>50)</sup> 이런 의미에서 법은 행위자에 향한 요구 혹은 금지라고 할 수 있다. 그러나 일반적으로 하나의 법에서 “행위자” 요소는 “행위”요소보다 중요하지 않다. 왜냐하면 법은 일반성을 가지고 있기 때문에 그 행위자는 불특정 다수인을 전제로 하기 때

45) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3; 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 5면.

46) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3.

47) Vgl. Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3.

48) Martineau, Robert J., Drafting Legislation And Rules in plain English, West Publishing Company, 1991, P. 65.

49) 강제수단에 관한 더 많은 설명은 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 6면 이하 참조.

50) Vgl. Martineau, Robert J., Drafting Legislation And Rules in Plain English, West Publishing Company, 1991, P. 65-66; 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 5-6면 참조.

문이다. 그렇기 때문에 만약 하나의 법이 특정된 집단에 속하는 사람의 행위를 규율할 목적으로 제정되었다면 그 적용대상자를 그 법에서 특정하여 주어야 한다. 이렇게 하지 않는다면 그 법을 제정하였던 입법자의 의도, 그 법을 통하여 특정된 영역의 적용대상자를 한정하여 규율하고자 하였던 의도는 실현될 수 없다. 이렇게 되면 결과적으로 그 법은 그 법을 제정할 때 예정하지 않았던 영역의 사람들에게도 적용될 위험이 있다. 그러므로 법에서 특별히 필요가 있는 경우가 아니면 행위자를 언급하지 않는다. 예컨대 형법 제250조, “사람을 살해한 자”가 그 예이다. 이 조항은 행위자를 개방하여 두고 행위만을 언명함으로써 그런 행위를 한 사람이라면 “누구라도” 포섭하도록 규정되어 있다.

그렇다면 의료법이 규율하고자 하는 행위는 무엇인가? 일단 의료법의 제정 목적을 담고 있는 의료법 제1조를 분석하여 행위 형식으로 분석하여 보면 전체 문장으로부터 의료법이 주로 규율하고자 하는 행위는 국민의 건강을 보호하는 행위 그리고 건강을 증진시키는 행위 혹은 국민건강의 보호와 증진과 관련된 행위이다. 의료법의 제정 주 목적이 “국민건강의 보호와 증진”이기 때문이다. 그리고 이 목적 조항에서 국민의료에 필요한 사항은 이 목적을 달성하기 위한 수단적인, 보조적인 의미를 가진다. 여기에 소위 “의료행위”가 포함될 수 있다. 또 다른 행위 예컨대 뜸 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 국민의료에 필요한 행위라면 그것도 의료법 규정으로 입법하면 국민건강의 보호와 증진을 위한 수단적인 행위로 독립적인 행위로 인정되게 된다.

#### 나. 그 밖의 조항이 규율하는 행위유형

그러면 그 밖의 규정에서 국민의료에 필요한 행위가 어떤 행위인지 살펴보자. 그리고 의료법 제1장은 총칙임으로 만약 국민의료에 필요한 사항 가운데 행위요소가 정의되어야 한다면 이 부분에 들어와 있어야 한다<sup>51)</sup>. 그리고 의료법 제2조는 [의료인]이라는 제목으로 면허를 받은 의료인의 종류를



말하고 그리고 그들의 임무를 규정한다. 그리고 그 임무는 각 영역에 따라 “의료”와 보건지도, 보건과 양호지도 그리고 간호, 진료보조 및 보건활동이다. 총칙의 그 밖의 조항은 의료기관 등을 기술하고 거기서 그친다. 국민건강의 보호행위나 증진행위가 어떤 행위인지 혹은 국민의료에 필요한 사항(행위)이 어떤 사항이나 행위인지 총칙에서는 규정되어 있지 않다. 다만 제2조[의료인]를 통하여 억지로 의사는 “의료”를 임무로 하는 사람이라는 것만 분명히 드러난다.

의료법의 다른 조항에서 행위가 제시된 조항들을 찾아보면 예컨대 의료법 제15조 “진료”행위, 제17조의 “진찰”, “검안”행위, 제18조의 “처방전 작성”행위, 제24조의 “요양방법 지도” 행위가 규정되어 있다. 이들 각각의 행위는 의료법의 각 조항에 규정됨으로써 그 행위는 입법자에 의하여 국민건강을 보호하거나 증진시키는 행위의 요건과 규율할 필요성이 있는 행위유형임이 선언되었다. 그리고 각각의 행위는 어느 정도 하나의 구체적인 행위유형으로 정형화할 수 있는 행위이다.

그런데 의료법에서 행위를 말할 때 문제가 발생하는 것은 이들 조항에서 아니다. 당연히 이들 조항은 행위유형이 구체적임으로 문제의 여지가 적다. 의료법에서 문제가 발생하는 것은 의료법에서 행위에 관한 일반조항으로 역할을 하는 의료법 제27조 제1항이다. 의료법 제27조 제1항은 [의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다]고 규정한다. 그러므로 이 조항의 규율형식만 보면 “의료행위”라는 하나의 정형적인 행위유형이 존재한다는 것을 전제로 규정되어 있다. 그러므로 만약 의료행위라는 것이 의료행위가 아닌 다른 행위와 “행위정형”, “행위의 외적 형태”를 통하여 구별되는 행위라면 이 행위는 금지규범의 구성요건으로서 충분히 기능할 수 있다. 그러나 27조 제1항에 규

51) 다른 법을 통하여 이것을 입증하여 보면 예컨대 유사한 법제인 약사법은 총칙에 속하는 제2조 제11호에서 약사의 주된 행위로 규정하고 있는 “조제”를 설명하고 있고 외국환거래법에서도 총칙에 편제되어 있는 제3조 정의 조항에서 이 법에 의하여 만들어진 새로운 법률용어들을 설명하고 있다.

정되어 있는 “의료행위”라는 것은 이런 역할을 할 수가 없다.

#### 다. 구성요건 행위로서 의료행위

의료법 제27조 제1항은 다음과 같은 조건 중 어느 하나를 충족할 때 의료행위는 하나의 구성요건으로 기능할 수 있다. 먼저 “의료행위”라는 것이 그 “본래의 의미”<sup>52)</sup>로 다른 행위와 구별되는 하나의 행위유형을 말하는 경우이다. 이런 조건이 충족된다면 의료법 제27조 제1항은 명확한 행위요건을 갖춘 조항으로 평가될 것이다. 이것이 아니라면 다른 경우로는 이 조항에서 말하는 “의료행위”가 어떤 행위를 말하는지 하나의 정의 조항을 갖추어 여기서 이 의료행위의 행위형태와 범위를 한정할 수 있는 방법을 제시하는 것이다. 그렇게 한다면 설사 의료행위가 본래의 의미로는 어떤 행위인지 알 수 없는 경우라고 하더라도 정의 조항을 통하여 금지규범의 구성요건으로 기능할 수 있을 것이다.

그런데 의료법 제27조 제1항의 “의료행위”는 이 두 요건 중 어느 것도 충족할 수 없다. 먼저 의료행위는 본래의 의미로 다른 행위와 구별되는 하나의 행위유형이 아니다. 의료법을 통하여도 이것을 밝힐 수 있다. “의료”라는 단어는 의료법 제2조에서 의료인을 설명하면서 사용된다. 여기서 “의료”라는 것은 제1호에서 [의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다]는 의료인의 설명과정에서 등장한다. 그러므로 이 조항을 통해서 “의료인”은 알 수 있을지 몰라도 행위로서 “의료”행위는 알 수 없다. 이 조항을 거꾸로 해석하여 “의사가 임무로 하는 행위”가 “의료행위”라고 한다고 하더라도 거기에서는 아무런 행위정형, 행위의 외적 형태를 찾아낼 수 없다. 임무의 범위에 따라 여기에는 여러 유형의 행위가 포함될 수 있기 때문이다. 이런 행위라면 그것은 행위구성요건으로 기능할 수 없다. 또 의료법에는 어디에도 “의료행위”

---

52) Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178.

에 관한 개념 정의규정이 없다. 그러므로 의료법 제27조 제1항에 기술된 “의료행위”는 금지규범의 구성요건적 행위로 아무런 기능을 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 의료법 제27조 제1항의 의료행위를 [반드시 질병이 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]<sup>53)</sup>라고 정의한 것은 하나의 정의조항을 만들어낸 것이다. 의료법의 경우와 같이 그 법에 정의규정이 존재하지 않는 경우 그 흠결을 메우기 위하여 헌법재판소가 입법자의 역할을 대신하는 것은 헌법재판소법 제4조에 따라 당시에 “존재하는 법”을 전제로 그것을 해석하고 적용하는 것을 임무로 하는 헌법재판소에 허용되지 아니한다. 아예 존재하지 않는 것을 존재하는 것으로 보고 그것을 근거로 해석하고 적용하는 것은 헌법재판소가 일종의 입법행위를 한 것을 의미한다.<sup>54)</sup> 그러므로

53) 판례집 23-2상, 37, 57.

54) 같은 취지에 관해서는 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6., 288-289면 참조; 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3., 588-590면 참조. 같은 취지로 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원, 결정문 4. 다. (2) (나), (다) 참조. [형벌조항의 경우 헌법상 규정된 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항)에 의해 입법목적이나 입법자의 의도를 감안한 유추해석이 일체 금지되고 법률조항의 문언의 의미를 엄격하게 해석할 것이 요구된다. 또한 국민의 재산권과 밀접한 관련을 갖고 있는 조세법의 해석에 있어서도 조세법률주의의 원칙상(헌법 제59조) 과세요건, 절차, 결과 등 모든 면에서 엄격하게 법문언대로 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석할 수는 없다. 그러므로 형벌조항이나 조세관련 법규를 해석함에 있어서, ‘유효한’ 법률조항의 불명확한 의미를 논리적·체계적 해석을 통해 합리적으로 보충하는 데에서 더 나아가, 해석을 통하여 전혀 새로운 법률상의 근거를 만들어 내거나, 기존에는 존재하였으나 실효되어 더 이상 존재한다고 볼 수 없는 법률조항을 여전히 ‘유효한’ 것으로 해석한다면, 이는 법률해석의 한계를 벗어나는 것으로서, ‘법률의 부존재’로 말미암아 형벌의 부과나 과세의 근거가 될 수 없는 것을 법률해석을 통하여 이를 창설해 내는 일종의 ‘입법행위’에 해당하므로 헌법상의 권력분립원칙에 반할 뿐만 아니라 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙에도 반하는 것이다. 또한 헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 해석·보충하거나 정정하는 ‘헌법합치적 법률해석’ 역시 ‘유효한’ 법률조항의 의미나 문구를 대상으로 하는 것이지, 이를 넘어 이미 실효된 법률조항을 대상으로 하여 헌법합치

이렇게 한다면 헌법재판소는 권력분립원칙에 위반하는 것이다.<sup>55)</sup>

헌법재판소가 이렇게 “의료행위”가 무엇인지 정의할 수 있기 위해서는 일단 의료행위라는 행위가 형태가 정해진 행위유형으로 정의조항을 통하여 규정되어 있어야 한다. 예컨대 약사법을 통하여 이것을 입증하여 보면, 약사법은 약사와 관련된 사항을 규율하기 위하여 제정되었다. 그리고 약사 가운데 “조제”행위가 있음을 제2조 정의조항 제1호<sup>56)</sup>에서 언급하고 있고 그리고 이 “조제”행위를 구체적으로 개념정의하기 위해서 제2조 정의조항 제11호를 별도로 둔다. 이 조항에 따르면 “조제”란 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품에 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것(행위)을 말한다. 이렇게 입법이 된 경우에 현실에서 실제로 발생한, 예컨대 질병을 치료하기 위한 목적으로 “음식물을 배합하는 행위”가 약사에 해당하는지 판단하여야만 하는 경우 이때 약사법 제2조 11호 “조제”의 의미를 밝히는 것이 필요하다. 그리고 이것이 법원이나 헌법재판소가 해야 하는 법률의 해석이다. 그런데 의료법에는 어디에도 “의료”행위가 어떤 행위인지 규정되어 있지 않다. 더욱더 의료행위는 그 본래의 의미로 하나의 행위유형을 갖춘 행위도 아니다. 그러므로 의료법 제27조 제1항은 금지규범으로 기능할 수 없다. 이 규정이 기능하기 위해서는 “의료행위”에 대한 정의 조항이 반드시 규정되어야 한다.

적인 법률해석을 할 수는 없는 것이어서, 유효하지 않은 법률조항을 유효한 것으로 해석하는 결과에 이르는 것은 ‘헌법합치적 법률해석’을 이유로도 정당화될 수 없다 할 것이다.]

55) 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6., 288-289면 참조; 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3., 588-590면 참조. 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원, 결정문 4. 다. (2) (나), (다) 참조.

56) 약사법 제2조 1. “약사(약사)”란 의약품·의약외품의 제조·조제·감정(감정)·보관·수입·판매[수여(수여)를 포함한다. 이하 같다]와 그 밖의 약학 기술에 관련된 사항을 말한다.

## 2. 의료법이 규율하는 행위자

### 가. 의료인

의료법은 그 법에서 규율하고자 하는 행위자를 비교적 정확히 기술하고 있다. 그래서 의료법 제2조에 의료인, 제3조에 의료기관, 병원등과 종합병원 등을 규정한다. 그리고 의료인이 되는 방법을 제2장에서 규정하고 그 방법으로 일정한 면허취득방법을 제시하고 있다. 이에 따르면 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 취득하고 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다. 즉 의사면허를 받기 위해서는 1. 「고등교육법」 제11조의2에 따른 인정기관(이하 “평가인증기구”라 한다)의 인증(이하 “평가인증기구의 인증”이라 한다)을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받거나 2. 평가인증기구의 인증을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받거나 혹은 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험에 합격하고 관련 국가시험에 합격하고 보건복지부장관으로부터 면허를 받아야 한다.

그러나 현행 의료법에 따를 때 이런 요건을 갖추지 않은 사람들도 의료법에 의하여 규율되는 사람들이 있다. 이들은 소위 한지 의료인, 간호조무사, 의료유사업자, 그리고 안마사이다. 이 가운데 한지 의료인과 의료유사업자는 이 법이 시행되기 전에 한지 의료인으로 면허를 받은 사람 혹은 접골사, 침사, 구사자격을 받은 사람을 말한다. 이들은 이 법 이후 새로이 자격을 취득하는 방법이 없게 됨으로 일종의 경과조치의 일환으로 현행법에서 이러한 방식으로 규율하고 있다.

## 나. 일반인

그런데 의료인들은 어떤 행위를 하는가? 위에서도 말하였지만 의료법은 규율대상 “행위자”만 규정되어 있고 그들의 “행위”가 규정되어 있지 않아서 의문이 제기된다. 이 법의 이름이 의료법이고 그러므로 법의 명칭에서 이 법이 “의료행위”를 규율할 것이라고 상상은 간다. 그리고 의료법의 전체 조항, 특히 의료법 제2조와 27조에 따르더라도 이들이 하는 행위가 의료행위일 것이라고 추측은 된다. 그렇게 추측된다고 하더라도 다시 의문이 든다. 이들이 한다는 의료행위는 과연 어떤 행위인가? 인간이 하는 여러 행위 가운데 어떤 행위정형<sup>57)</sup>을 가진 행위를 이 법에서 말하는 의료행위라고 하는가?

도구를 사용하여 신체의 특정 부분을 가르는 행위 혹은 신체의 일부를 떼어내는 행위를 말하는 것이라면 이런 행위는 형법이 포섭하는 행위, 특히 상해행위일 수 있는데 같은 행위라도 어떤 요소가 있으면 의료행위라고 평가되어 의료법의 적용을 받게 되는가? 왜 자석을 특정한 부분에 붙였다가 일정한 시간이 지난 후 떼는 행위가 의료행위가 된다고 하는데 이런 행위에 의료행위라고 특성지우는 어떤 요소가 있어서 그러한 평가를 받는가? 아니면 쑥을 가지고 일정한 부분에 열을 가하는 행위가 의료행위라고 하는데 같은 열을 만약 돌과 같이 열을 지속할 수 있는 다른 도구를 가지고 행위하면 “의료행위”라고 평가될 것인가? 여기에서 그치는 것이 아니라 의료법이 포섭하는 안마사는 안마하는 사람인데 안마라 함은 “손으로 몸을 두드리거나 주무르는 행위”<sup>58)</sup>를 말하는데 왜 이런 행위는 의료법이 포섭하는가? 만약 그렇다면 밥을 지어주는 행위나 피로를 회복시키기 위하여 잠자리를 제공하는 행위는 의료법이 포섭하는 행위인가? 그래서 이들도 의료인으로 필요한 자격을 갖추어야 하는가 의문이 제기된다.

이런 의문을 더 발전시켜 본다면 의료법이 “의료인”만을 규정하고 의료행위는 규정하지 않으면서도 의료법 제27조 제1항에서 “무면허의료행위”를 일

57) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 109면 참조.

58) 민중국어사전 참조.

반적으로 금지하고 있기 때문에 의료법은 일반인에도 적용될 수 있다. 그런데 이들 일반인들은 “의료행위”가 어떤 행위인지 알 수 없다. 왜냐하면 의료행위는 현행 의료법의 규정방식에 따르면 의료인이 임무로 하는 행위임으로 의료인이 아니면 그 임무인 행위를 알 수 없고 또 의료법에는 “의료행위”에 대한 정의 규정도 없기 때문이다. 그래서 “의료행위”의 내용이 명확하게 밝혀지지 않는다면 의료법은 이 법을 적용하는 사람, 국가의 의도에 따라 어느 행위라도 의료행위로 보고 면허여부에 따라 그를 벌할 수 있는 법이 될 수 있기 때문이다.<sup>59)</sup> 더군다나 의료법이 제1조에서 법조문에서 나오는 입법의 주된 목적은 국민건강의 보호와 증진(행위)인데 여기에는 거의 모든 인간 행위가 속할 수 있다. 게다가 의료행위를 무면허로 한 경우 그 처벌은 일률적으로 의료법 제87조 제1항 제2호에 따라 5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금에 처해진다. 이 형량은 매우 중한 형량이다. 그러므로 의료법 제27조 제1항은 적용대상자가 일반인일 수 있음으로 일반인의 의식 수준에 맞추어 법 내용, 특히 “의료행위”의 의미를 충분히 이해될 수 있도록 더 많은 명확성이 요구된다.<sup>60)</sup>

## V. 제재규정과 명확성의 원칙

### 1. 제재의 종류

의료법도 행위규범으로서 의료법의 수범자에게 그 법에서 예정하고 있는 방식대로 행동할 것을 요구한다. 그리고 이러한 요구를 관철하기 위하여 의료법은 여러 가지 방법을 동원한다. 물론 법의 수범자가 그 법을 지키는 것은 그 법을 위반하였을 때 부과될 제재를 두려워하기 때문만은 아니다. 오

59) Vgl. Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, S. 385.

60) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 참조.

히려 대다수 수범자는 그 법을, 그 법이 가진 내용에 동의하기 때문에 그 법을 지킨다.<sup>61)</sup> 그러므로 법을 만들 때에는 그 법의 실효성을 높이기 위하여 국민들이 일반적으로 받아 들 수 있는 내용을 입법하는 것이 중요하다.

이런 철학적인 논의는 제처 두고 현행 의료법은 자신의 목적을 달성하기 위하여 행정제재와 형사제재의 방법을 사용한다. 행정제재는 먼저 행정기관, 보건복지부장관 또는 시·도지사 혹은 시장·군수·구청장에 의하여 내려지는데 이들은 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 하거나(의료법 제59조) 혹은 의료기관이나 의료인에게 필요한 사항을 보고하게 명하거나 관계 공무원을 시켜 의료기록부 등 관계 서류를 검사하게 할 수 있다(의료법 제61조). 또한 시정명령(의료법 제63조), 개설허가 취소(의료법 제64조), 자격정지(의료법 제66조) 그리고 과징금 처분(의료법 제67조)도 해당 요건이 충족되면 내려진다. 또한 과태료처분도 있다. 예컨대 신고를 하지 않고 진단용 방사선 발생장치를 설치·운영한 경우나 진단용 방사선 발생장치를 운영하면서 안전관리책임자를 선임하지 아니하거나 정기검사와 측정 또는 피폭관리를 실시하지 않은 경우 혹은 선택진료에 관한 정보를 제공하지 않은 경우 등에는 300만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.

의료법이 가지고 있는 형사제재는 형벌, 벌금, 몰수·가액추징으로 구성된다. 이 가운데서 가장 중한 형벌이 예정되어 있는 것은 의료법 제87조 제1항의 경우로 (의사)면허증을 대여하는 행위, 의료시설 및 기물 등을 파괴·손상하거나 의료기관을 점거하여 진료를 방해하거나 이를 교사하거나 방조하는 행위, 전자처방전에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하는 행위, 전자의무기록에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하는 행위, 무면허 의료행위, 의료기관 개설요건에 위반하여 의료

---

61) 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역본: Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 51면 이하 참조.



기관을 개설하는 행위 그리고 면허 수를 위반하여 의원을 개설하는 행위를 한 자는 각각 5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 몰수형이 규정되어 있는 경우로는 의료법 제88조의2로 의료법 제23조의2에 위반하여 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자가 의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금품 등 경제적 이익을 받은 경우 혹은 의료기 제조업자, 수입업자, 판매업자 또는 임대업자로부터 의료기기 채택·사용유도 등 판매촉진을 목적으로 경제적 이익을 받은 경우 2년 이하의 징역이나 3000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 이 경우 취득한 경제적 이익 등은 몰수하고, 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징하도록 규정되어 있다.

## 2. 제재규정의 명확성

### 가. 제재규정 형성원칙

입법목적을 달성하기 위하여 가해지는 제재·부정적인 영향력은 그 양에 있어서 달성하고자 하는 목적에 합당하여야 한다. 즉 법에 규정되어 있는 제재수단들은 그 자체로 목적이 있는 것이 아니라 그 법이 담고 있는 내용을 실현하기 위하여 마련되어 있는 것이다.<sup>62)</sup> 그러므로 하나의 법이 담고 있는 제재는 그것을 통하여 그 법이 지향하는 목적을 달성할 수 있는 속성을 가지고 있어야 하고 그리고 그 제재의 양도 제재 대상이 된 행위가 그 목적에 대하여 가지는 성질에 따라 다르게 규율되어야 한다. 물론 형벌의 종류는 그 나라의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황이나 국민 일반의 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으

62) Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 161; 현재 2012. 5. 31. 2010헌바401, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 등 위헌소원, 결정문 1. 3. (가) 참조; 판례집 11-1, 622, 629.

로 고려하여 입법자가 결정한다. 그러나 이 때에도 형량은 형벌체계상의 균형을 잃어서는 아니 되고 또한 필요한 정도를 일탈해서도 안 된다.<sup>63)</sup> 따라서 어떤 행위에 대한 형량이 죄질과 보호법익이 유사한 다른 범죄에 대한 형벌과 비교할 때 현저히 형벌 체계상 정당성과 균형을 잃은 경우 그 형량은 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하여 이러한 형벌을 규정하고 있는 법은 위헌이라 판단 받게 된다.<sup>64)</sup>

의료법을 제정하였던 입법자는 의료법이 지향하는 목적을 달성하기 위하여, 즉 국민건강의 보호와 증진이라는 목적을 달성하기 위하여 행정제재의 방법과 형벌의 두 가지 방법을 채택하였다. 행정제재로서는 앞에서 본 바와 같이 지도와 명령, 보고명령과 서류검사, 시정명령, 개설허가 취소, 자격정지 그리고 과징금·과태료처분이라는 종류를 선택하였다. 물론 개개의 처분이 각각의 행위유형에 합당하게 선택되었는지 그리고 처분을 통하여 입법목적 을 충분히 달성할 수 있는지는 구체적으로 검토하여 보아야 하겠지만 적어도 이 부분에서는 제재와 관련된 “행위유형” 혹은 “처분요건”이 각각의 의료법 조항을 통하여 분명히 드러난다는 점에서 문제의 소지는 형사제재 부분보다는 적다. 예컨대 의료인에게 가장 부정적인 영향을 끼칠 면허취소의 경우를 보면, 의료법 제67조는 의료인에게 결격사유가 있는 경우 혹은 자격정지처분 중 의료행위를 한 경우나 3회 이상 자격정지처분을 받은 경우에 면허취소처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 적어도 이 경우 위반행위의 존재여부 혹은 사유의 존재여부는 명백하다. 자격정지를 규정하고 있는 의료법 제66조 제1항 제1호도 그 요건은 “의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때”라고 표현되어 있지만 이것도 의료법시행령 제32조 제1항<sup>65)</sup>에

63) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바401, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 등 위헌소원, 결정문 1. 3. (가) 참조.

64) 판례집 23-2하, 159, 169; 22-2하, 368, 382; 21-1상, 137, 147; 7-2, 597.

65) 의료법시행령 제32조 제1항 (의료인의 품위 손상 행위의 범위)

① 법 제66조 제2항에 따른 의료인의 품위 손상 행위의 범위는 다음 각 호와 같다.

서 비교적 상세히 행위의 범위를 한정하고 있다.

## 나. 의료법 제87조 제1항 및 제27조 제1항의 문제점

의료법에 규정되어 있는 형사제재의 경우에도 대개는 그 대상행위를 개별화할 수 있지만 그러나 의료법 제87조 제1항에서 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 예정되어 있는 의료법 제27조 제1항<sup>66)</sup> 위반의 경우에는 문제가 발생한다. 이 조항은 행위규정이 [의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다]라고 규정되어 있으므로 이 조항에서 예정된 처벌상황은 면허 없는 사람이 “의료행위”를 한 경우와 의사라도 면허된 것 이외의 부문에서 “의료행위”를 한 경우이다. 그러므로 이 조항을 위반하는 결과가 되려면 먼저 “의료행위”라는 것이 존재한다는 것을 전제로 의료인이 아닌 자가 그 행위를 한 경우나 혹은 면허 있는 의료인이라고 하더라도 그 이외의 부문에서 “의료행위”를 하여야 한다. 여기서 의료인은 이 법 제2조와 제5조에 따라 명확히 특정할 수 있다. 그리고 면허된 부문도 의사라면 면허된 부분과 그렇지 않은 부분을 알아낼 수 있다. 그러므로 이 조항에서 문제가 발생할 수 있는 영역은 “의료인”이나 “면허된 것 이외의 부문”이 아니다. 이 조항에서 문제

- 
1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산 업무와 간호 업무를 포함한다. 이하 같다)
  2. 비도덕적 진료행위
  3. 거짓 또는 과대 광고행위
  4. 불필요한 검사·투약(투약)·수술 등 지나친 진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위
  5. 전공의(전공의)의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위
  6. 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 영리를 목적으로 자신이 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위
  7. 자신이 처방전을 발급하여 준 환자를 영리를 목적으로 특정 약국에 유치하기 위하여 약국개설자나 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위]
- 66) 의료법 제27조 제1항 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

가 발생하는 영역은 이 조항이 일반인에게도 적용되므로 일반인에게 금지되는 “의료행위”가 어떤 행위인가 하는 데에서 발생한다.

그러나 의료행위는, 앞에서 여러 번 이야기 하였지만, 그것이 어떤 행위인지 의료법에 규정되어 있지 않다. 특히 의료법 제27조 제1항은 의료법 제87조와의 관계에서 형벌조항으로서 특성을 가진다. 왜냐하면 이 조항은 어떤 행위를 하면 그 행위에 어떤 형벌이 국가에 의하여 주어지는지 규정하고 있는 조항이기 때문이다. 그렇기 때문에 이 조항은 형사법에서 요구되는 죄형법정주의 원칙, 그 중에서도 엄격한 명확성의 원칙이 적용된다. 명확성의 원칙이란 형사관계 법률을 형성할 때 그 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대하여 어떤 형벌이 주어질 것인가를 누구나 예견할 수 있을 정도로 명확하게 입법하라는 요청이다<sup>67)</sup>. 처벌 되는 행위가 어떤 행위인지 법을 통하여 사전에 분명히 알 수 있음으로 그 법의 적용대상자들은 자신의 행위를 조정하여 그 법에 위반되는 행위를 하지 않을 수 있다. 이렇게 자신의 행위를 결정함으로써 거기에 주어지는 형벌을 피할 수 있고 그리고 또 자신의 행위에 주어지는 형벌을 정확히 알 수 있음으로 설사 그 행위를 하였다고 하더라도 자기가 받게 될 형벌을 미리 알 수 있다.

하나의 법이 명확성이 요건을 충족하는지 판단할 때 기준이 되는 인식능력을 그 법의 적용대상자이다.<sup>68)</sup> 그래서 그 법이 만약 일반국민을 적용대상자로 예정한 경우에는 일반국민의 지적 수준에서 그 법의 내용, 행위내용과 형벌내용을 명확히 알 수 있도록 일반 국민이 친숙한 단어와 문장을 사용하여야 하며 전문용어는 가능한 한 피해야 한다.<sup>69)</sup> 그러나 만약 어떤 단어로도 입법목적이나 자신들이 규율하고자 하는 행위유형을 충분한 정확하게 표

67) 판례집 5-1, 29, 47; 9-1, 219, 232.

68) BVerfGE 92, 1, 12; 86, 288, 311; 79, 106, 120. Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin, 1998, S. 117; Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg, 2002, Rn. 454; Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 36.

69) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 293면 참조; Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 389 f.

현할 수 없고 그리고 만약 어떤 전문용어를 사용하여 더 정확하게 표현할 수 있다면<sup>70)</sup> 명확성을 확보하기 위하여 불가피하게 전문용어를 사용하여야 하는데 이런 경우라면 그 용어는 그 법 안에서 개념 정의되어야한다.<sup>71)</sup> 그리고 전문용어를 개념 정의할 때에는 또 다른 설명이 요구되는 전문용어를 사용하지 말아야 한다. 이렇게 되면 전문용어를 가진 법조항을 해석하기 위하여 또 다른 개념정의 조항을 필요로 하게 된다.<sup>72)</sup>

의료법 제27조 제1항과의 관계에서 의료법 제87조 제1항이 담고 있는 제재수단은 특히 2호와의 관계에서 명백하다. 즉 의료법 제27조 제1항 위반행위가 발생하면 누구라도 알 수 있을 정도로 “5년 이하의 징역이나 2000만원 이하의 벌금”형에 처한다고 규정되어있다. 그러므로 제재수단만을 보면 여기까지는 명확성의 원칙을 충족한다. 그러나 이것을 행위와 연결시켜 보면 문제가 발생한다. 왜냐하면 제재의 근거가 되는 “의료행위”가 명확하게 “의료행위”가 아닌 행위와 구별될 수 없기 때문이다. 그래서 어떤 행위에 대하여 5년 이하의 징역이나 2000만원 이하의 벌금이 처해질 것인지 알 수 없다. 여기까지 오게 되면 의료법 제87조 제1항 제2호 및 제27조 제1항은 형벌법규에게 요구되는 명확성의 원칙을 충족할 수 없다.

### 3. 개념규정의 제정 필요

입법학적인 관점에서 보면 “의료행위”는 의료법에 그 개념이 정의되어 있어야 한다. 법을 구성하는 용어는 가능한 한 일상 용어, 일반인들이 사용하는 용어를 사용하여야 하는데<sup>73)</sup> 의료행위는 일상용어가 아니기 때문이다.

70) Davies, Jack, Legislative Law And Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, P. 178.

71) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 390.

72) Davies, Jack, Legislative Law And Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, P. 179.

73) Martineau, Robert J, Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, P. 90.

일반인들은 이런 용어를 사용하지 않는다. 일반인들은 만약 의료법이 예정하고 있는 행위를 말할 때에는 “치료”한다고 한다. 치료한다는 행위는 “병이나 상처를 다스려 낫게 한다”<sup>74)</sup>는 행위이다. 이것이 아니라고 하더라도 적어도 의료행위는 “의료법”에 의하여 만들어진 용어이다. 이것이 의료법에 의하여 만들어졌음은 의료법 제2조를 통하여 알 수 있다. 이 조항에서는 의료인을 정의하면서 “의료인”이라 함은 “의사” 등을 말하고 의사란 “의료와 보건지도를 임무로 한다”고 규정하고 있다.

그런데 입법자가 이렇게 의료인의 의미를 별도의 조항으로 풀어 쓴 것은 이 법에서 사용하는 용어인 “의료인”이라는 용어가 일반인들이 사용하지 않는 용어라 그것을 설명할 필요가 있었거나 아니면 일반인들이 그것을 사용한다고 하더라도 이 법 조항에서 그 의미나 내용을 그것과 다르게 사용하기 위하여 이것을 설명할 필요가 있었기 때문이다. 어쨌든 두 경우 다 “의료인”이 전문용어라는 사실을 전제로 한 것이다. 그렇게 하면서 계속하여 제2항 제1호에 예컨대 의사는 “의료”와 보건지도를 임무로 한다고 정의한다. 그런데 여기서 의료는 “의사”로부터 당연히 예정되고 이해되는 용어가 아니다. 의료(행위)를 의사가 할 수 있는 행위 대상을 말한다고 하더라도 의사가 하는 모든 행위가 의료행위인 것은 아니다. 의사로부터 의료의 내용이 특정된 행위 유형으로 구체화되지 않는다. 더군다나 “의료”는 일상용어가 아니다. 아니 거꾸로 “의료”는 의료법 제2조 제2항 제1호에 의하여 만들어진 하나의 전문용어이다. 그러므로 이 “의료”행위는 의료법에서 개념정의가 이루어져야 한다.

#### 4. 면책조항에 대한 입법 요청

##### 가. 의료행위의 불명확성

의료행위의 의미를 명확하게 확정할 수 없고 의료행위에 대한 정의조항

---

74) 민중국어사전 참조.

이 존재하지 않음으로 의료법 제87조 제1항에 의하여 “5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금”형에 처해질 의료법 제27조 제1항은 위헌을 면하지 못할 것이다. 이러한 결론은 헌법재판소가 “의료행위”라는 행위를 의료법 전체를 통하여 [반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]<sup>75)</sup>라고 정의하였다고 하여도 달라지지 않는다. 이러한 해석은 처음부터 가능하지 않을 것일 뿐만 아니라 설사 하나의 행위를 전체 법조항 안에서 그 의미를 찾는다는 것이 법 이론적으로 가능하다고 하더라도 적어도 헌법재판소가 의료법 제27조 제1항의 의료행위를 정의한 이 내용 자체는 행위구성요건을 설명한 것으로는 무가치하다. 왜냐하면 헌법재판소가 행한 개념 정의를 통하여 “의료행위”의 의미가 분명하여 진 것이 아니라 더 혼란스럽고 애매하여졌기 때문이다.<sup>76)</sup> 이 정의 내용에 기초하여 의료행위와 의료행위가 아닌 행위를 구별해 낼 수 있는가?

이 정의문장의 [반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계 없는 것이라도 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]라는 부분을 풀어보면 의료행위란 결국 “보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”를 의미하게 된다. 왜냐하면 “반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고,”라는 부분에서 의료행위는 질병의 예방과 치료에 관한 행위에 “반드시” 그리고 “한정되지 않음”으로 “인간의 모든 행위”를 의미할 수 있게 되어 결국 이 부분은 이야기하지 않은 것과 같게 되기 때문이다. 그래서 이 전체 문장에서 의미 있는 것은 그 정의문장 뒷부분 “보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”만 남게 된다. 그런데 여기서 “의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면

75) 판례집 22-2상, 37, 57.

76) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법연구 13권 1호, 299-300면 참조.

..... 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”라는 부분은 형법구성요건에 대한 설명으로 아무런 의미가 없다. 왜냐하면 형법에서 구성요건은 처벌의 대상이 되는 행위의 외적 형태<sup>77)</sup>를 말하는 것인데 이 부분에서는 하나의 행위에 대한 “형태”를 말한 것이 아니라 어떤 행위에 대한 “평가”를 말한 것이기 때문이다. 형태와 평가는 다르다. 형태는 그 행위의 모양이나 방식을 말하는 것인데 평가는 이미 이루어진 행위가 어떤 의미를 가지는가를 말하는 것이다. 이 문구에서 사용된 기술방식이 전형적으로 여기에 해당하는다. “의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 ..... 우려가 있는 행위”에서 구성요건이 될 만한 특정 행위형식은 언급되지 않았다. 이런 문구는 “어떤 행위”가 존재하는 경우를 가정해 두고 그것이 만약 일어난다면 이제서 그것이 “우려가 있는 행위”인지 아니면 “우려가 없는 행위”인지 평가할 때 사용하는 문구이다. 그리고 “우려가 있는 행위”라면 이제 그 행위는 “금지되는 행위”가 된다. 이렇게 되는 과정에서 “특정한 행위의 정형적인 행위요건”<sup>78)</sup>은 언급되지 않았다. 잘못된 정의개념이다.

그래서 이 의료행위에 대한 정의로는 “의료행위”가 어떤 특성을 가지고 있는 행위유형인지 알 수 없다. 당연히 어떤 형태를 가진 행위가 의료행위가 아닌지 전혀 구별해 낼 수 없다. 그것뿐이 아니라 이 정의문구 안에서 또 다시 정의가 필요한 용어 “보건위생”이 사용되었다. 게다가 “우려가 있는 일체”의 행위이다. 어디까지가 “우려가 있는 행위”이고 어디서부터 “우려가 없는 행위”가 되어 그 행위가 의료행위가 아닌 행위로 평가되는가. 법문장이나 정의문장은 불필요한 단어를 덜 쓸수록 좋고<sup>79)</sup> 가능하다면 직접적인 형식으로<sup>80)</sup> 써야 한다. 그리고 부정문 보다는 긍정문을 쓸 때 더 좋아진다.<sup>81)</sup> 그러나 이

77) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 109면.

78) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 102면.

79) See Martineau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, at Chapter 9. A.

80) See Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d., West Publishing Co., 1986, at 178.

81) See Martineau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West



문구에서는 전혀 그런 사항들이 지켜지지 않았다. 이 문구에서 “반드시”, “한정되지 않고”, “그것과 관계없는 것이라도”, “하지 아니하면”, “우려가 있는” 그리고 “일체의” 라는 단어들은 불필요하거나 잘못 동원된 것들이다.

의료법에 “의료행위”에 대한 정의조항이 존재하지 않고 그리고 의료행위라는 것이 만약 헌법재판소가 정의한 그런 행위라면 이런 행위는 그 범위를 명확하게 확정할 수 없어서 금지규범의 구성요건으로 기능할 수 없다. 이것은 지나치게 광범위하고 포괄적이다. 그래서 의료법 제87조 제1항 제2호 및 의료법 제27조 제1항에 해당되는 행위의 범위를 확정하기 대단히 어렵다. 이 법의 적용대상자인 일반국민은 이 조항을 통하여 어떠한 행위가 금지되는지 예측할 수 없다. 따라서 자신들의 행위를 이 법에 “위반되지 않도록” 조정할 수 없다.<sup>82)</sup> 그러므로 이 조항은 죄형법정주의에 위반한다.<sup>83)</sup>

## 나. 위헌성을 해소하는 방법

그러나 만약 규율되어야 할 행위가 유동적이거나 혹은 광범위한 내용을 포섭하고자 한다면 그럼에도 그 사항을 규율할 필요가 있다면 어떻게 죄형법정주의의 요청을 충족시킬 것인가? 개념정의규정을 두는 것 이외에 입법학적으로 동원되는 또 다른 방법은 하위법에 행위유형과 한계를 설정할 수 있도록 위임하는 방법이다. 예컨대 의료법 제66조 제1항 제1호에 규정되어 있는 “의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위”를 의료법시행령 제32조 제1항에서 그 범위를 구체화하는 방법이다. 예컨대 의료법시행령 제32조 제1항은 품위를 심하게 손상시키는 행위유형으로 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위나 비도덕적 진료행위 그리고 거짓 또는 과대광고행위 등을 구체적으로 나열하고 있다.<sup>84)</sup>

Publishing Co., 1991, at Chapter 8. A. 7.

82) 같은 취지로 판례집 5-1, 29, 47.

83) 이런 취지에 대하여는 판례집 9-2, 312, 326 참조.

84) 의료법시행령 제32조 제1항에 대해서는 주65) 참조.

이런 방법이 아니라면 그 법 안에 면책조항을 두는 것도 구성요건의 불명확성에서 오는 문제점을 해결하는 하나의 방법으로 동원될 수 있다. 하나의 구체적인 방법으로는 의료법 안에 법조항을 통하여 어떤 기관을 마련하고 그 기관으로 하여금 문제된 행위가 발생한 경우 그 행위가 구성요건에 해당되는 행위인지 혹은 해당되는 행위가 아닌지 판단하게 하는 것이다.<sup>85)</sup> 이렇게 되면 문제된 행위가 이루어졌을 때 먼저 이 기관이 기능하여 그 행위가 구성요건에 해당하는 행위인지 혹은 해당하지 않는 행위인지 판단할 것이고 그리고 만약 해당된다고 판단되면 이에 제재를 가할 것이다. 그런데 여기서 그 제재에 대하여 문제가 제기된다면 그 재판에서는 그 제재가 심판의 대상이 된다. 물론 궁극적으로는 그 법의 위헌성도 다루어질 수 있지만 그러나 이런 방법으로 적어도 그 법이 가진 명확성의 요구를 개별적인 사항에 맞추어 갈 수 있다.<sup>86)</sup> 이런 조항이 없음으로 현재에는 문제된 행위에 대한 검사의 기소 혹은 불기소처분에 대하여 문제를 제기한다. 2008헌마627사건<sup>87)</sup>이 그 경우로 이 사건은 청구인이 침사자격만 가지고도 수십 년 동안 아무런 제재 없이 뜬 시술을 하여 왔는데 기소되어 유죄취지의 기소유예처분을 받아서 비롯되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 [침사로서 수십 년간 침술과 뜬 시술행위를 하여 온 청구인의 뜬 시술행위는 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 있으므로 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다]<sup>88)</sup>고 보고 이 기소유예처분을 취소하였다. 그런데 이렇게 형사법의 일반원칙에 따라 개별법의 문제를 처리한다면 개별법이 가진 구성요건의 문제를 충분히 고려할 수 없다. 그래서 의료법이 가진 개

85) Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137.

86) Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137.

87) 판례집 23-2하, 476 이하.

88) 판례집 23-2하, 476, 482.

별법의 특성이 잘 발휘될 수 있도록 의료법 안에 이와 관련된 조항을 둘 필요가 있다.

개별법의 특성이 발휘될 수 있게 하면서 또 구성요건의 광범위성에서 오는 위험성을 피할 수 있는 또 다른 방법이 있다면 그것은 그 개별법 안에 특정 조항의 법률효과를 개인이 통제할 수 있는 조항을 두는 것을 생각할 수 있다. 예컨대 의료법 제87조 안에 “동조 제1항 제2호 중 제27조 제1항의 경우에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다”는 조항을 삽입시키는 것이다. 이렇게 한다면 의료행위에 대하여 의료법이 가지는 금지의 효과는 살리면서 문제가 되는 경우에만 의료법을 가지고 심판할 수 있다. 이렇게 하면 의료행위에 대한 구성요건의 불명확성에서 유래하는 처벌의 광범위성과 엄격성을 완화할 수 있어서 의료법 제27조 그 자체와 제87조 제1항 제2호가 헌법적으로 정당화되는데 도움이 될 것이다.<sup>89)</sup>

## VI. 마무리

이상에서 현재의 의료법이 가진 문제점을 보았다. 조문의 형성이나 전체적인 체계에 많은 문제점이 있었다. 목적조항에 너무 많은 불필요한 부분이 존재한다. 이런 부분들은 법 조항에서 제거되어야 한다. 그리고 입법목적에서 추론되는 입법목적과 개별조항에서 도출되는 입법목적이 서로 일치하지 않아 의료법을 해석하는데 문제가 많았다. 또 필요한 부분에 정의조항이 존재하지 않아 예컨대 의료법 제27조 제1항처럼 구성요건은 존재하지만 아무런 기능을 할 수 없는 경우도 보았다. 거기에 더하여 의료행위를 억지로 정의를 내리는 방법으로 하나의 “정의조항”을 만들어 넣으로써 헌법재판소가

89) Vgl. Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137. 같은 취지로 헌재 2008헌가19 등(병합)결정에서 반대의견 참조, 특히 재판관 김종대 의견 참조(판례집 22-2상, 37, 65면 이하 참조, 김종대 의견 72면).

권력분립의 원칙을 위반한 사실도 발견하였다. 이것은 모두 현재의 의료법이 잘못 만들어진 데에서 발생하는 문제들이다. 의료법은 국민건강과 관련된 사항을 다룬다는 점에서 뿐만 아니라 의료관계의 기본법으로 기능한다는 점에서 중요한 법률임에도 불구하고 입법학적인 관점에서는 좋은 법으로 평가할 수 없다.

그럼으로 다음과 같은 제안을 한다. 우선 제정목적 조항을 다음과 같이 바꿀 것을 제안한다. 즉 [이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료혜택을 받을 수 있도록 의료에 필요한 사항을 규점함에 목적이 있다] 그리고 의료법 제2조[의료인]에 “의료행위”에 대한 정의조항을 둘 것을 제안한다. 여기에서는 제2조에 언급된 “의료”행위가 구체적으로 어떤 행위유형으로 특성을 가진 행위인지 유형별로 언급되어야 한다.

나아가서 의료법에 면책조항을 삽입할 것을 제안한다. 의료행위는 과학기술의 발달에 따라 아직 발견하지 못한 새로운 행위들이 있을 수 있고 또는 그간 과학적으로 입증되지는 않았지만 여전히 치료를 받는 여러 행위들이 존재하기 때문이다. 그러므로 현재와 같은 처벌방식으로는 새로운 방식에 대한 규율이나 현재의 의료체계에서 포섭하지 않았던 많은 행위들이 의료법으로 규율될 수 없게 된다. 특히 현재의 의료법 제27조 제1항의 구조로는 새로운 방식뿐만 아니라 전통적으로 그 효능을 믿는 여러 치료방법들이 혹은 의료인이 아니라는 이유로 혹은 면허된 부분이 아니라는 이유로 처벌될 수 있다. 그러므로 문제된 행위가 발생하였을 때 그 행위가 의료행위에 해당하는지 해당하지 않는지 판단하는 권한을 가진 기구를 만들거나 아니면 면책조항을 두어 다양한 치료행위를 가능하게 하고 그 가운데 문제가 되는 경우에만 의료법으로 규율하게 하여야 한다.

[국문초록]

## 현행 의료법의 문제점

입법학적인 관점에서 좋은 법이란 그 법 조항들을 통하여 그 법의 제정목적, 행위, 행위자 그리고 처벌의 종류와 내용이 분명하게 드러난 법을 말한다. 그러나 현행 의료법은 이런 관점에서 많은 부족함을 보인다. 먼저 목적조항의 내용이 잘못되어 입법의도가 분명하게 드러나지 않는다. 그리고 목적조항에 들어있는 의도는 다른 조항들과 어울리지 않는다. 나아가서 의료법에는 의료행위에 대한 정의조항이 존재하지 않아 의료법이 규율하는 행위영역을 명확하게 확정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 의료법 제27조 제1항에 위반하여 의료행위를 하였을 경우 엄중하게 처벌한다.

그러므로 의료법의 목적조항은 내용을 간단하고 분명하게 개정할 필요가 있다. 그리고 의료법 안에 “의료행위”에 대한 정의조항을 삽입하여 의료행위의 의미를 명확하게 하여야 한다. 만약 의료행위를 명확하게 정의할 수 없다면 특별한 기구를 만들어 문제된 행위가 의료행위인지 판단하게 하거나 아니면 면책조항을 두어 의료행위를 한 경우라도 처벌되지 않을 수 있는 가능성을 마련하여 둘 필요가 있다.

### 주제어

의료법, 의료행위, 정의조항, 입법학, 명확성의 원칙, 입법목적, 구성요건, 전문용어, 면책조항, 좋은 법

[Zusammenfassung]

Aus der gesetzgebungswissenschaftlichen Sicht bedeutet ein gutes Gesetz das Gesetz, in dessen Paragraphen Zweck des Gesetzes, Verhalten, Verhaltende und die Arten von Sanktionen und Strafen klar formuliert werden. Allerdings scheint das aktuelle medizinische Gesetz in dieser Hinsicht eine Menge von Insuffizienzen. Erstens wird der Zweck des Gesetzes durch die Zweckklausel wegen der falschen Gesetzesgestaltung nicht deutlich hervorragend. Und der Sinn und Zweck, der aus der Zweckklausel auskommt, entsprechen nicht den Sinn und Zweck aus der anderen Paragraphen im Medizinrecht. Des Weiteren kann die Grenze des Regelungsgebiet des Medizinrechtes nicht klar gezogen werden, da in dem Medizinrecht keine Definitionsklausel von medizinischen Handlung in der Paragraphen 27 Abs. 1 des Medizinrechtes existiert. Dennoch wird die Täter, die gegen die Paragraph 27 Abs. 1 verstossen, schwer bestraft.

Daher braucht die Zielbestimmung des Medizinrechtes einfach und klar reformiert zu werden, damit der Sinn und Inhalt des Medizinrechtes deutlich bekannt wird. Und eine Definitionsklausel von der medizinischen Handlung ist in das Medizinrecht einzufügen, damit die Bedeutung der medizinischen Handlung klar wird. Wenn die medizinische Handlung durch die Definitionsklausel nicht klar definiert werden kann, hat der Gesetzgeber entweder einen speziellen Organ zu konstatuieren, um feststellen zu lassen, ob ein in Frage stehendes Verhalten der medizinischen Handlung gehört, oder hat eine Befreiungsklausel in das Medizinrecht einzufügen, damit der Verhaltende nicht bestraft werden kann, selbst wenn er ohne Erlaubnis die medizinische Handlung getan hat.

**Key words**

Medizinrecht, medizinische Handlung, Definitionsklausel, Gesetzgebungslehre, Bestimmtheitsprinzip, Rechtssetzungsziel, Tatbestand, Fachbegriffe, Befreiungsklausel, gutes Gesetz

## 참고 문헌

- 김경제, 국민주권에 대한 오해, 서울대학교 法學 제46권 제3호, 2005. 9.
- 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2.
- 김경제, 방송법개정안 2차 의결의 헌법적 문제점, 유럽헌법연구 제8호, 2010. 12.
- 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6.
- 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763 병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3.
- 변해철 · 김동훈 · 이훈동 · 이동훈, 신법학입문, 삼우사, 2006.
- 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012.
- 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2010.
- Badura, Peter, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987.
- Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011.
- Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986.
- Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006,
- Gierke, Otto von, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, S. 79 in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006.
- Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: Schreckenberger, Waldemar/ Merten, Detler, Grundfragen der



- Gesetzgebungslehre, Berlin, 2000.
- Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der ‘Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, 1995.
- Laufs, Adolf, Arztrecht, 5. Aufl., München, 1993, Rn. 20.
- Martineuau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991.
- Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004.
- Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg, 2002.
- Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006.
- Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin, 1998.
- Zittelmann, Ernst, Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrag, Dresden 1994.

版 權  
所 有

## 憲 法 論 叢 (第23輯)

---

2012年 10月 10日 印刷

2012年 10月 15日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708~3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

---

(非賣品)