

청구원인 보충 의견서

사 건 2019헌마1435 의료법 제27조 제1항 등 위헌확인
청 구 인 문기웅 외 2,017명
이해관계인 보건복지부 장관

청구인들은 다음과 같이 청구원인에 대한 보충 의견을 제출합니다.

다 음

1. 의료행위 선택권의 침해에 대하여

(1) 2020. 3. 6. 자 보건복지부 장관의 의견서는 이 사건 심판청구의 청구인을 오직 침구관련 직종에 종사하거나 종사할 준비를 하는 자라고만 파악하고 있으며, 일반 국민인 침구의료 소비자들에 대해서는 아무런 언급조차 하지 않고 있습니다.

그러나 이 사건의 청구인은 침구사 또는 침구인이 되려고 하는 자 뿐만이 아닙니다. 모두 2,072명의 청구인들 중 995명의 청구인들은 한의사가 아닌 침구인으로 부터 침구시술을 받아서 자신들의 지병을 치료 관리하기를 원하는 침구의료 소비자들입니다. 보건복지부는 이 사건을 오직 한의사 대 침구인의 직종 대결의 프레임으로 보고자 하지만, 이 사건 청구인들의 절반은 ‘자신이 선택한 침구인의 침구시술을 통하여 자신의 지병을 고치기를 원하는 일반 국민’인 것입니다. 사실 이 사건 분쟁에서는 한의사의 침구시술 독점으로 인하여 침구의술에 특화된 전문가의 시술을 통하여 자신의 지병을 치료하고자 하는 ‘일반 국민의 의료행위 선택권’을 침해하고 있는 점에서 주요한 기본권 침해가 발생하고 있습니다. 청구인들은 이 점을 강조하여 경합된 여러 기본권들 중 가장 우선적으로 의료행위소비자인 일반 국민들의 의료행위 선택권 침해를 주장하였습니다.

(2) 보건복지부는 ‘의료에 관한 지식과 기술을 검증 받은 사람이 의료행위를 해야 합리적이고 안전하며 국민 보건에 관한 위험 발생을 막을 수 있으므로 검증받은 한의사만 독점해야 한다’는 종래의 주장을 반복합니다.

그러나 청구인들은 침구 영역에서 국민보건의 위험을 고려한 국가의 관리·감독을 부정하는 것이 아닙니다. 청구인들은 국가의 검증을 받지 않은 사람들이 침구의료 행위를 하게 해 달라는 것이 아니라 침구시술에 관하여는 침구술 전문가로 활동하기 위한 의료 기초지식을 포함한 제반 의료 전문지식과 기술을 쌓은 사람들에 대하여 국가가 검증하여 침구의료행위 허가를 하도록 해야 한다는 것입니다. 그런데 순수한 침구전문가를 배제하고 주로 한약을 전문으로 하는 자들만이 침구술을 독점하도록 강제하는 제도는 침구의술의 본질에서 벗어난 규제이며, 이러한 잘못된 법적 규율은 자신의 질병에 대하여 가장 걱정하는 전문적 침구시술을 받아서 치료하여야 하는 환자인 국민의 입장에서는 매우 중대한 문제입니다. 그 점에서 이 사건 의료법 조항들이 침구소비자인 국민들의 의료행위 선택권을 침해합니다.

(3) 보건복지부는 ‘의료인에 의해 치료불가의 판정을 받은 경우 비의료인에 의해 행해지는 행위가 유의미한 행위인지 확인할 방법이 없으며 상대적으로 경미하고 위험성이 낮은 의료행위에 대하여 비의료인도 이를 행할 수 있도록 허락할 때 관리 감독 및 사후통제 사회적 비용의 문제가 있으므로 모든 의료행위를 의료인이 독점하게 하는 것은 과잉금지에 반하지 않는다는 취지로 주장합니다.

그러나 현행 제도권 의료인에 의한 모든 의료행위가 치료불가 판정을 받았다면 의료인의 의료행위나 진단이야말로 환자에게는 무의미해진 상태라고 할 것인데, 여기서 이미 능력상 한계를 드러낸 제도권 의료인이 그의 시각에서 비의료인의 의료행위가 유의미한지 또는 무의미한지를 더 이상 결정할 상황이 아닌 것입니다. 보건복지부는 제도권 의료인들이 병을 못 고친다고 종국 판단한다면 사경(死境)에 몰린 환자는 더 이상 치료를 위해 노력하는 것이 무의미하고 전문 침구인의 치료는 불법이니 그냥 치료를 포기하고 죽어야 한다는 논리를 펴는 것인데, 이는 환자인 국민의 처지를 무시하는 권위주의적 발상이라고 할 것입니다.

또한 이 사건에서 문제되는 침구의술의 영역에서는 이미 청구서의 청구이유에서 밝힌 바와 같이 법원은 이미 여러 경우에서 상대적으로 경미하고 위험성이 낮은 침구의료행위에 대하여 비의료인도 이를 행할 수 있도록 허락하는 취지의 판결을

내리고 있습니다. 그러므로 경미하고 위험성이 낮은 의료행위라고 하여도 제도권 의료인에게 독점되어야 한다는 보건복지부의 주장도 이미 우리나라 법원의 판례와도 배치되고 있는 주장일 뿐입니다.

(4) 보건복지부는 우리나라에서 침구술은 한의사제도의 본질적이고 핵심적인 부분으로 의료법령에서 한방의료기관의 진료과목으로 규정되어 있고 모든 한의과대학에서 교육되고 있으며 한의사에 의하여 널리 시술될 뿐 아니라 국민건강보험 급여항목으로 규정되어 있으므로 이 점에서 국민의 의료행위 선택권이 제한됨이 과잉금지 원칙에 반하지 않는다고 주장합니다.

① 그러나 우리나라의 의료제도 전통에서 침구술은 원래부터 한의사의 업무 범위에 속하지 않았으며 한의사 제도의 본질적이고 핵심적인 부분은 더더욱 아니었습니다. 어느 제도의 본질이고 핵심이 된다고 하기 위해서는 만약 그 부분이 없다면 제도의 존재 자체가 무의미해지고 성립할 수 없을 정도의 중요성을 가져야 할 것입니다.

우리나라는 조선 시대 이래 전통적으로 침의(鍼醫)와 약의(藥醫)를 구분하는 의료체계를 가졌고 양 분야는 각자 독립적인 전문성을 가지고 있었습니다. 서양의학이 도래하여 이를 제도화한 일제 강점기 이후에도 약의를 이어받은 한의사는 한약의 처방을 업무로 하고, 침의를 이어받은 침구사는 침구시술을 업무로 하였습니다. 양 업종은 법제도상 구분되어 있었으므로 한의사가 침구술을 하거나 침구사가 한약처방을 하는 것은 허용되지 않았습니다. 군사정부가 침구사제도를 강압적으로 소멸시킨 이후에도 한의사는 침구술을 적법하게 행할 수 없었으며, 이는 대법원의 판례에 의하여도 확인된 바 있었습니다(대법원 1961. 10. 10. 4292행상122 행정처분취소사건 판결. 이 사건 심판청구서 22면의 각주 22에서 ‘4202’라고 표기한 것은 ‘4292’의 오톤입니다).

그런데 군사정부의 일방적 조치로 기존의 면허자들 외에는 침구사 면허를 받을 수 없게 되어 침구술의 제도적 공백이 발생하게 되자, 슬그머니 한의사의 면허 시험과목에 침구술을 포함시키는 방법으로 침구사의 영역을 잠식하였습니다. 동양의학의 근간의 하나인 침구술을 국민들이 시술받음에 있어서 이를 침구사에게 받아야 하는지 한의사에게 받아야 하는지 하는 문제는 한방의료체계의 제도적 근간을 정하는 것으로서 국민의 의료 기본권의 행사에 중대한 영향이 있는 ‘법률사항’으로서 모두 법률에 의하여 명확히 권한 여부가 결정되어야 합니다. 그럼에도 불구하고

고 한의사의 침구 권한 인정 여부에 관한 아무런 법률규정도 없이 하위규범인 규칙과 시행령을 통하여 한의사시험과목으로 침구학 과목 하나를 슬그머니 편입하는 방법으로 한의사의 영역이라고 주장하게 된 것입니다. 이처럼 침구술은 한의사의 본래 영역이 아니었으며 결코 한의사 제도의 본질적인 부분이 아닙니다.

② 2010년에는 한의사 국가고시개선 특별위원회에서 침구학을 한의사 국가고시에서 삭제하기로 한 결정이 있었습니다. 이에 대해 몇몇 한의사 단체가 “(1988년) 복지부는 ‘의료법에는 한의사의 침구시술을 허용하는 규정이 없으나, 의료법 시행규칙에 한의사국가시험 과목으로 침구학이 명시되어 있기 때문에 한의사는 침구시술을 할 수 있다’는 유권해석에 의해 한의사 침구시술의 정당성을 확보하고 있다”며, “‘침구가 당연히 한의사의 고유한 권한임’을 주장할 수 있는 중요한 법적 근거가 현재까지 한의사 국가고시와 한의과대학 정규 커리큘럼상 ‘침구학’이라는 과목명이 존재하고 있다는 점으로 침구학 과목은 한개 과목명 이상의 의미를 지니고 있다”는 성명을 발표하는 등으로 반대하는 바람에 한의사 시험에 침구학 과목이 남아있기는 하지만, 이는 침구학이 한방의료의 본질적이고 핵심적인 내용이 아니라는 점을 스스로 드러낸 것입니다.

③ 한국보건의료인 국가시험원의 자료에 의하면 한의사시험은 총 11과목 340문제로 이중 침구관련과목은 실기시험 없이 침구학 1과목 48문항에 불과합니다. 이는 일본침구사시험이 필기시험 14과목 180문제와 별도의 침(구)실기시험까지 거치도록 되어있다는 점과 비교해 볼 때 한의사의 시험편제가 탕약중심임을 입증하는 것입니다. 또한 현재 한의사의 침구교육은 중국과 일본의 침구대학은 물론, 국내 사설교육기관의 교육시간과 실습시간에도 크게 못 미치는 수준이며 한의대의 수업편제는 탕약 중심임을 벗어나지 못합니다. 이처럼 한방의사의 양성교육에 부가한 보조적 침구 교육과 시험만으로는 제대로 된 침구사 양성 전문교육기관의 교육의 범위나 질을 도저히 따라갈 수 없으며, 이것은 현행 침구시술이 국민의 의료행위선택권을 충족시킬 수 없는 요인이 되고 있습니다.

(5) 보건복지부는 소비자의 의료행위선택권은 현재 시행중인 한의사 제도를 통해 한의사에게서만 침구술을 받을 수 있으며, 건강보험 급여항목으로도 규정되어 있어 비교적 저렴한 금액으로 치료받을 수 있으므로 제한된다고 볼 수 없다고 주장

합니다.

그러나 자신의 질환을 치료받아야 하는 환자인 국민은 제도권 의료가 남용되고 오작동하며 불충분한 의료서비스를 제공할 경우에는 이에 대한 대안 치료를 받을 기회를 가질 수 있어야 하며 그렇지 못한 경우에는 환자의 의료행위선택권은 침해된다고 할 것입니다.

현재 우리나라에서 한의사에 의하여 독점적으로 시행되는 침구술은 한의사가 원래 주된 전문분야인 한약처방 위주의 경영을 할 수밖에 없는 사정 때문에 탕약에 대한 보조술로서 활용되고 있습니다. 또한 침구술은 원가가 싸고 부작용이 없는 특성을 가지는데 건강보험 급여항목에도 해당하게 되었으므로 한의사들은 침구술을 반드시 필요한 환자가 아닌 경우에도 권하여 의료수익을 늘리고 있고 필요 이상의 남용은 건강보험 과다지출을 초래하여 그 재정을 위태롭게 하는 지경에 이르고 있습니다. 국민들은 한의사의 이러한 남용된 침구시술에서 벗어나 이를 거부하고 한의사가 아닌 진정한 침구전문인에 의한 침구시술을 받을 것을 선택할 자유가 보장되어야 할 것입니다.

2. 직업선택의 자유 침해에 대하여

(1) 보건복지부는 한의사가 현재의 의료교육제도 하에서 “인체 전반에 대한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 외경심”을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인이므로 이러한 자격 있는 한의사들만 침구를 수행할 수 있도록 하는 것은 당연하다고 주장합니다.

침구술을 시술할 자격을 가지기 위해서는 이에 합당한 인체에 대한 기본적인 교육을 받아야 함은 당연하며, 청구인들이 이러한 부분을 부정하는 것이 아닙니다. 침구사의 경우에도 침구술과 침구시술에 필수적인 인체 전반에 대한 체계적이고 적절한 교육을 충분히 이수하여 국민들에게 침구술을 시행하여도 국민보건 유지의 공익에 지장이 없는 경우에만 침구사 자격을 인정해 주어야 할 것입니다. 이러한 교육 이수 여부에 대해서는 국가가 일정한 기준을 정하여 침구사의 허가 요건으로 얼마든지 요구할 수 있을 것입니다.

이처럼 침구사로서 활동함에 필수적인 교육을 이수하고 관련 지식과 자질을 익힌 것인지 여부를 확인하는 면허 요건을 통과한 자라면 침구사가 될 수 있어야 할 것인데, 한약처방을 위주로 공부한 한의사가 침구사의 자격까지 덤으로 취하여 침구사의 역할까지 배타적 독점적으로 맡게 하는 것은 침구만을 전문으로 하는 침구사가 되고자 하는 자의 직업선택의 자유에 대한 부적절한 주관적 제한으로서 기본권을 과잉 침해하는 것입니다.

(2) 또한 보건복지부의 의견에 의하면 한의사는 인간의 생명과 신체에 대한 외경심을 체계적으로 교육받아 침구사와는 다르다고 하는데, 한의사 침구시술 현장의 실제 현실은 이와 정반대이며 ‘인체와 생명에 대한 외경심’을 내세우며 강조하기가 어색할 정도입니다.

① 2020. 3. 4.자 동아일보의 “석 달 침 맞으면 합의금 많이 받게, 노골적 유혹” 제하의 기사, 2019. 8. 5.자 조선일보의 “차사고 당했죠, 침.부항.추나.한약 풀세트 하시죠” 제하의 기사, 2019. 4. 10.자 메디칼 타임즈의 “급여화된 추나 현장 가보니.. 침.뜸 패키지로 받으세요” 제하의 기사, 2018. 3. 7.자 중앙시사메거진의 “교통사고 났을 때 한방병원 가면 한약까지 지어준다고?” 제하의 기사 등을 종합하면 다음 사실을 확인할 수 있습니다.

② 최근 신종 코로나 바이러스의 31번째 확진자가 교통사고로 한방병원에 입원 중 잦은 외출을 하면서 세간의 관심을 받고 드러난 바에 의하면, 한방병원은 거의 치료가 필요없는 경미한 교통사고 환자에게 미리 준비한 한약 십수일분을 제공하고 침구시술과 추나를 필수적인 것으로 위장하여 병행한다는 것입니다. 이러한 과잉진료로 과다계상된 진료비는 보험 청구되어 한방병원의 수입원이 됩니다. 건강보험심사평가원에 따르면 2015년 3,576억원이었던 교통사고 관련 한방진료비는 지난해 2019년에는 9,569억으로 3배 가까이 상승했습니다. 한방병원의 1인당 평균 통원진료비도 2018년 기준 57만5000원으로 양방병원 18만4000원의 3배에 이릅니다. 한의사들은 자신들에게 주어진 침구시술의 독점권을 이와 같이 악용하고 있습니다.

③ 이러한 왜곡된 한방의료 현실이 만연되어 있는 것은 한의사가 본업무인 한약 처방에서 벗어나 침구술 등을 이용하여 외과적 진료에 개입하고 또한 과잉진료의

수단으로 삼고 있기 때문입니다. 일반적으로 한의사의 본연의 업무인 한약처방만으로는 이와 같은 외과적 진료에 대한 개입을 할 수 없기 때문에 자신들의 부업인 침구술을 동원하여 돈벌이를 하면서 국민건강보험의 재원을 갉아먹고 나아가 우리나라의 의료보험체제 전체의 재정적 건전성을 위협하고 있습니다.

이처럼 현재의 한의사 침구시술 실태를 살펴 볼 때 적어도 침구분야에서는 한의사가 ‘인체 전반에 대한 깊은 이론’과 ‘인간의 신체 생명에 대한 외경심’에 기초하여 의료활동을 하고 있다고 말할 수 없습니다.

(3) 침구술은 필요한 지식을 쌓고 실제로 활용하면서 쌓게 되는 경험과 노하우가 중요한 직역입니다. 특히 침구시술은 손으로 하는 것이라 손의 숙련도가 중요할 수밖에 없습니다. 침구시술을 위해서는 탕약조제에 대한 지식이나 기술이 필요하지 않습니다. 오히려 주로 탕약조제 기술을 익혀 활용하는 것을 중심으로 교육된 사람에게 침구시술을 맡기다 보면 숙련도가 떨어져 안전성에 더 문제가 있을 수 있게 됩니다. 침구학과 침구술 연마에 집중하여 필요한 전문 지식과 기술을 습득하도록 해야 더 안전하기 때문입니다. 조선 제일의 침구사인 허임 선생도 그의 저서 침구경험방 서문에서 ‘법은 전해 줄 수 있어도 솜씨는 전해 줄 수 없다(能與人規矩 不能與人巧)’고 전하며, 손을 사용하는 법이 상세하고 완벽하도록 할 것을 강조했습니다.

(4) 서양의학에서는 최초의 의과대학(1988년)인 제중원 의학교 당시부터 전공과목의 명확한 구분 없이 통합치료를 해오다 1948년 전문의 제도가 도입된 이후 시대의 변천과 직업 전문화의 추세에 맞게 분화가 이루어지고 보조의료분야도 방사선사, 물리치료사, 병리사 등으로 세분화, 전문화되고 있습니다. 그러나 전통의학에서는 당초 한의사의 영역도 아니었던 각종 대체의료요법이나 수기요법 마저도 한의사 자신들만의 영역이라며 담장을 높이고 의료전문화의 시대적 요구에 역행하고 있는 실정입니다.

(5) 이와 같이 침구사라는 직역을 위해 탕약까지 배워서 한의사 시험을 보도록 하는 것은 직업선택의 자유의 주관적 제한에 있어서 준수되어야 할 과잉금지 원칙의 방법의 적절성과 침해의 최소성에 위배되는 것입니다.

3. 평등권 침해에 대하여

(1) 보건복지부는 우리나라에서 침구교육을 받았다는 사람은 체계적으로 의학을 공부하고 국가의 검증으로 시험을 거친 한의사와는 다르므로 이를 차별하여 한의사에게만 침구행위를 할 수 있도록 하는 것이 평등 원칙에 반하지 않는다고 주장합니다(11-12면).

그러나 여기서 차별이 문제되고 있는 것은 현행 법제상 한의사 제도만 인정되고 침구사 제도는 소멸됨으로써 적법한 침구사가 되려고 하는 국민 집단에게 침구의술에 필요한 인체 교육을 포함한 폭넓은 침구교육을 받아서 국가의 검증을 거쳐 침구사로서 활동할 기회 자체를 박탈하고 있는 현행 법제가 불합리한 차별이라는 데에 있는 것입니다. 현재 한의사는 의학을 교육받고 국가시험을 거쳐 적법한 의료인으로 활동하고 침구사가 되고자 하는 집단은 침구전문 교육기관에서 침구에 관한 전문적인 교육을 받을 기회가 없어 침구사가 될 수 없는 것은 이러한 법적 차별의 내용이자 결과이며 이러한 차별을 정당화할 사유가 되지 못합니다. 그럼에도 불구하고 보건복지부 의견서는 차별의 원인과 결과를 구분하지 못하고 혼동하여 주장하고 있는 것입니다. 즉 현행 의료법이 불평등한 법제이므로 그 적용의 결과로 침구인들은 침구의술을 교육받지 못하고 침구사 자격을 얻을 수도 없는 차별을 받고 있는 것입니다. 침구인들이 교육도 제대로 받지 못하고 침구의료인 자격이 없는 자들이기 때문에 마땅히 차별을 받아야 한다고 주장하는 것은 법제도로 사람을 차별해서 불이익을 가하고 나서 그 결과를 차별 정당화 사유로 둔갑시켜 강변하는 것입니다.

(2) 특정 집단의 국민들을 다른 집단에 비교하여 법적으로 차별함으로써 그 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 차별 취급에 있어서 비례의 원칙이 적용되어야 합니다.

① 우리나라에서 한의사 제도만 살리고 침구사 제도를 없애게 된 것은 5.16 군사정부의 한국 전통의료제도의 전면폐지 정책의 추진 결과였습니다. 당시 군사정부는 처음부터 이러한 차별을 의도하였던 것이 아니었으며 한의사 계층이 더욱 강력히 반발한 결과 그들만 남게 되었고 한의사와 침구사 간의 법적 차별은 이러한 역학관계를 반영한 우연한 결과적 산물이었을 뿐입니다. 이렇게 도입된 한의사와 침

구사의 차별법제는 그 입법목적의 정당성부터 인정될 수 없습니다.

② 또한 침구시술을 업무로 하는 침구사는 한약치료를 업무로 하여온 한의사에 비교하여 의학적 교육이 다를 수 밖에 없는 것이며 ‘한의사로서의 의료교육’을 받지 아니하였다고 하여 침구사의 침구술에 대한 실력을 얹잡아보고 의료인의 자격이 없다고 치부할 수 없습니다. 침구사에게는 침구술에 필요하고 적합한 별도의 ‘침구사로서의 의료교육’이 있으며 이들에 대한 교육이 이루어져야 하는 것입니다. 침구시술을 위해서 한약처방과 조제기술은 필요하지 않습니다. 이 점에 관해서는 이미 심판청구 이유서에서 자세히 말씀드린 바 있습니다(청구서 45면). 그러므로 이러한 한의사와 침구사 간의 담당 의술의 특성 차이를 무시한 채 한의사에게만 침구술의 적법성을 부여하는 것은 국민보건유지의 공익 목적을 향상시키는 데 있어서 차별 수단으로서의 적합성도 없는 것입니다.

4. 명확성 원칙의 위배에 대하여

(1) 보건복지부는 의료법의 입법 목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원 판례 등을 종합적으로 고려해 보면, 이 사건 심판대상 조문 중 의료행위의 개념이 침구술에 관하여 불명확하다고 할 수 없다고 합니다.

그러나 침구행위의 의료행위 여부에 관하여서는 판례법상 또는 법집행상 혼선이 야기되고 있어서 국민들이 장래 어떠한 사정 하에서 어떠한 침구행위를 하는 경우 처벌을 받게 되고 어떠한 경우에는 적법한 것인지를 판단하기가 어렵게 된 상황이라고 봅니다. 심판청구서 제48면에서 진술한 바와 같이 한의사가 아닌 침구사에 의한 침구시술이 불법이라고 말하면서도 2018. 11. 15.의 법원 판결에 의하면 피부에 닿는 직접구라 하더라도 찔알 반알 정도의 작은 쑥의 시술은 합법이라고 하였습니다. 이러한 크기는 대부분의 쑥뜸 시술에서 보통 행하는 것입니다. 그렇다면 찔알 반 톨보다 조금 큰 것은 어떻게 될 것인지, 또는 찔알만한 것이라도 사정에 따라 합법적인 것이 될 수는 없을지 보통사람들로서는 미리 명확히 판단하기 어렵습니다. 이러한 부분은 구체적 정황에 따라 다른 것이고 상식을 가진 일반인은 그 한계에 확신을 가지지 못하고 행위를 할 수밖에 없습니다. 침의 경우에는

대법원이 오래 전부터 수지침의 경우 합법인 것으로 판단하였습니다. 그런데 수지침이든 체침이든 인체에 침을 놓는 침술인 점에서는 동일하고 시술 부위만 다를 뿐 생리적 영향은 같은 것입니다. 신체에서 손만이 특별히 취급될 이유가 희박하므로 일반 국민들은 침을 놓아도 손처럼 인체의 주요 장기가 없는 부위는 무방할 것이고 장래 사건이 되어 법원에 가져가면 그렇게 판단해 줄 것이라고 충분히 생각할 수도 있습니다. 이를테면 팔다리나 발에 대한 침은 손에 대한 경우와 별로 차이가 없어 보입니다.

(3) 나아가 행정부는 법원의 판례도 없이 안마사가 침구시술을 하는 것은 단속하지 않겠다는 지침을 마련하여 시행하고 있습니다. 일반 국민은 법원의 판결 이전에 행정부의 단속이 더 무서운 실정이고 행정부가 허락한다면 법원의 판결에 앞서서 사회적으로 그 행위는 합법화되는 것과 같습니다. 그리하여 침구술은 한의사나 안마사가 하면 적법이고 침구사가 하면 불법이라는 기이한 상황에 이르렀습니다. 이와 같이 상식적으로 납득할 수 없는 법 운용상태 하에 놓인 국민들은 침구술에 관하여 어디까지 적법하게 행할 수 있고 어디까지 안된다는 것인지 항상 유동적이어서 사전에 이를 확신을 가지고 파악하기 어렵고 항상 사후에 문제가 되어서 적법 위법을 가려 보아야 알 수 있는 법적 불안정 상태에 놓이게 되었습니다. 최근의 이러한 법운용 상황은 이 사건 법률조항의 침구시술의 적법성 여부에 관한 구체적 의미의 불명확성을 더욱 강화시켜주고 있다고 생각합니다.

5. 적법절차 원칙의 위배에 대하여

보건복지부 의견서는 침뜸의 경우 의료행위로서 국민 보건위생상 위해를 줄 수 있는 행위이며 신규 의료유사업자를 양성하지 않으면서 해당 행위를 할 수 있는 자를 의료인으로 제한하는 것은 국민 건강을 보호 증진하고자 하는 목적을 가진 것이므로 이러한 내용은 절차적으로 정당하다고 주장합니다.

그러나 특정의 법률이 내용상 입법 목적의 정당성을 가지는지 여부와 입법절차상 적법절차의 원칙을 준수하였는지 여부의 문제는 헌법상 전혀 다른 쟁점의 별개의 문제입니다. 청구인이 청구이유서에서 밝힌 바와 같이 이 사건 법률이 헌법상 적법절차 위반의 하자를 가지는 이유는 이 사건 법령의 변천과정을 고려할 때 5.16

군사정부가 침구사 제도를 소멸시킴으로서 대규모 기본권 제한을 실행하였음에도 불구하고 사전에 거쳐야 할 세심한 검토나 의견 수렴의 과정이 없었고 단지 미신적인 의료행위를 근절하여야 한다는 식으로 강압적으로 폐기하여 버린 점에 있습니다. 현행법인 이 사건 법률조항은 위 국가재건최고회의의 입법 조항을 그대로 이어받아 내려온 것이므로 적법절차 원칙 위배의 하자도 그대로 승계하고 있는 것입니다.

6. 보건복지부가 주장한 참고의견에 대하여

(1) 보건복지부는 청구인들이 침해되었다고 주장하는 권리가 ‘국내법상 입법을 통하여 구체화되는 경우에 주장할 수 있는 권리’인 것이지 입법 외에서 천부적으로 주어진 권리라고 볼 수 없다고 주장합니다(의견서 18면 3째줄 이하).

그러나 청구인들이 이 사건 헌법소원 심판청구에서 침해되었다고 주장하는 권리는 의료행위 선택권, 치료의 자유, 행복추구권, 건강권, 평등권, 직업선택의 자유 등 으로서 어느 것 하나 천부인권이 아닌 것이 없습니다. 보건복지부의 의견은 이러한 권리들이 모두 국가가 입법으로 허용하여야만 주장될 수 있다는 것으로 헌법상 기본권성을 부정하는 것인데, 이는 우리나라의 헌법상으로는 기본권이 법률에 대하여 우월적 효력을 가지는 점을 인정하지 않는 권위주의적 국가관에 입각한 견해로서, 국민의 기본권 보장을 우선시하여 법률에 대한 헌법소원제도까지 시행하고 있는 현행 헌법제도에 부합하지 않습니다. 보건복지부 관료들의 인권에 관한 이러한 시각은 침구사 불법화 정책을 강압적으로 시행한 군사정부의 남은 유산을 그토록 집요하게 옹호하는 정신적 기반이 되고 있다고 생각됩니다.

물론 천부인권이라고 하더라도 헌법 제37조 제2항에 의하여 공익상 필요에 따라 합리적으로 제한될 수 있을 것이지만, 청구인들은 여기서 ‘공익을 위하여 규율된 형태의 침구사 제도’를 도입함으로써 관련된 국민의 천부인권인 기본권들을 보장하여 줄 것을 청구하고 있는 것입니다.

(2) 보건복지부는 침구시술을 아무런 제한 없이 해외 또는 국내의 사설 교육기관에서 교육을 받고 취득한 자격을 통하여 국내에서 활동할 수 있어야 한다고 볼 수 없다고 주장하고 있는데(의견서 18면 7째줄 이하), 이는 청구인들의 주장과 입장

자체를 본래의 취지와 다르게 왜곡한 것입니다.

침구인들은 침구시술을 “아무런 제한없이” 해외 또는 국내의 사설교육기관에서 교육받고 취득한 자격을 통하여 국내활동을 할 수 있어야 한다고 주장하는 것이 아닙니다. 침구사의 직업을 가지고자 하는 자에게는 ‘공인된 적정한 침구사 면허제도’를 마련하여 이를 통해 침구를 시술할 수 있도록 기회를 주어야 우리 헌법상 직업선택의 자유를 제대로 보장하는 것이 되며, 침구술 이외의 다른 고유한 업무분야를 전문으로 하는 한의사에게 침구술 자격을 덤으로 부여하면서 침구사 제도 자체를 금지하는 것은 천부인권인 직업선택의 자유 및 나아가 국민의 의료행위 선택권을 과도하게 침해하는 것임을 주장하고 있는 것입니다.

(3) 보건복지부는 대체의학에 관한 제도를 신설하기 위해서는 각국의 의료제도의 현황 등을 함께 고려하는 것이 반드시 필요하다고 하면서 우리나라의 경우 다른 나라와는 달리 전통의술에 기초한 한의학, 한의사 제도가 존재하고 있고 침구술은 한의사 제도의 본질적 핵심적 부분으로서 의료법령에서 한방의료기관의 진료과목 등으로 규정되어 있고 한의과대학에서 전문적으로 교육하고 있으며 자격 있는 한의사에 의하여 시술되고 있을 뿐만 아니라 국민건강보험법에 따라 건강보험 급여항목으로 정하여져 있기까지 하므로 독자적인 침구사 제도를 가져야 할 필요가 없다고 주장합니다(의견서 19면 3째줄 이하).

① 앞서 말씀드린 대로 우리나라에는 전통적 의술과 제도가 있었지만 그것은 약의(藥醫)와 침의(鍼醫)로 이원화된 것이었습니다. 이러한 한국의 전통의료제도는 조선시대 이후에도 그대로 이어져 왔지만 5.16 군사정부의 전통의료 말살 정책의 이행과정에서 한방의인 한의사 제도는 살아남고 침구사 제도는 폐지되었던 결과로 귀착된 것임은 앞서 누누이 밝힌 바와 같습니다. 침구사 제도가 폐지당한 시점은 물론 그 이후에도 침구술은 한의사들의 업무가 아니었고, 대법원도 침구술은 한의사의 업무 영역에 속하지 않는다고 확인한 바까지 있었습니다. 이처럼 침구술은 원래부터 한의사의 본질적, 핵심적 업무가 아니었습니다. 그 후 침구술을 이어나갈 주체가 사라진 상태에서 그 공백을 한의사가 법률의 근거도 없이 슬그머니 침탈해 들어온 다음 이를 법적으로 기정사실화하여 현재에 이른 것입니다. 이러한 과정은 헌법소원 심판청구서의 내용에 상세히 진술한 바 있습니다(헌법소원 심판청구서 44-45면 참조).

② 보건복지부는 침구술은 자격 있는 한의사에 의하여 시술되고 건강보험의 급여 항목으로 정하여져 있으므로 독자적인 침구사 제도가 필요 없다고 주장합니다만, 한의사들은 침구술을 그들이 행하는 주된 업무인 한약처방에 덧붙여 부당한 소득을 올릴 수 있는 방편으로 악용하는 것이 보편화되어 있습니다. 침구술이 재료비가 거의 들지 않고 시술이 간편하고 인체에 미치는 위험성이 적은 점에서 귀하고 비싼 한약재가 소요되며 약물의 인체복용으로 일어날 수 있는 위험성을 고려해야 하는 탕약보다 유리하다는 점을 이용하는 것입니다. 그리고 침구술을 통하여 한의사는 그들의 고유 업무로는 개입하기 어려운 교통사고 피해자 등 외과적 치료를 요하는 환자에게 시술하고 부당한 이익을 취하고 있습니다. 그 과정에서 한의사의 침구시술이 건강보험 요양급여 대상이 되는 점이 악용되고 있음은 앞서 말씀드린 바와 같습니다. 한의사의 침구술 활용의 현실이 이와 같으므로, 현행의 한의사 침구독점체제는 침구사를 하려는 사람들의 직업선택의 자유와 국민들의 의료행위 선택권을 부당하게 과잉침해하는 것일 뿐만 아니라, 한의사들의 배타적 수익창출을 위해 국민건강보험의 재정을 잠식하여 궁극적으로는 우리나라 의료체계의 정상적 운영을 위태롭게 하는 것으로서 이미 고령사회에 접어들어 국민의 의료부담이 갈수록 높아만 가고 있는 나라실정을 고려할 때 그대로 계속 묵인하기가 어려운 제도라고 생각합니다.

7. 맺음말

(1) 최근 코로나19 바이러스의 대유행에 대한 우리나라의 대응이 세계적 모범이 되고 있습니다. 이는 그간 수차례의 전염병 확산을 겪으며 감염병에 대한 전문적 관리 시스템이 만들어지고, 관련 기술도 향상되는 등 국민적 보건의료자산이 축적되어 있어, 이 준비된 자산을 이번에 정부가 적극적이고 효율적으로 활용하여 국가적 재난을 극복해 나간 결과라고 판단됩니다. 이처럼 국가의 보건의료의 자산은 근본적으로 국민으로부터 나옵니다.

(2) 침구술은 우리나라에서 조상 대대로 이어져온 민족 고유의 보건의료자산으로서 우리 민족은 이 분야에서 세계 어느 민족보다 탁월한 능력을 발휘해 왔습니다. 고령사회에다 현대의학이 감당하기 버거운 갖가지 신종 질병이 연거푸 밀려오는

이런 시대에 자연치유력을 향상시켜 국민 건강을 지킬 수 있도록 하는 자산 중 하나가 바로 침구술입니다. 전문 침구인을 제도적으로 양성화하는 일은 이 전통적 보건자산을 현대사회의 새로운 의료적 수요에 맞추어 효과적으로 활용될 수 있도록 하는 시스템을 만드는 일이 될 것으로 생각합니다.

(3) 현재 침구술은 세계적으로 보편화되어 100여개 나라에서 침구제도를 받아들이고 있는 데, 침구술의 세계시장은 중국과 일본이 휩쓰는 형국입니다. 심지어 북한도 중남미와 아프리카 국가들과 협약을 통해 보건소 침구의를 파견하고 있습니다. 이 광활한 시장에 한국의 존재는 없습니다. 단지 용기있고 발 빠른 침구인들이 스페인에서 300여명, 독일과 미국, 동남아와 중남미 등 여러 나라에서 1,000여명이 활동하고 있을 뿐입니다. 국제적으로 통용되는 동양의학은 침구이지 탕약이 아닙니다. 그러므로 탕약중심의 교육을 받은 한의사들은 애초에 경쟁대상이 아니며 국내에서밖에 활동을 못합니다. 결국 탕약전문 한의사들의 논리와 그들에게 편향된 잘못된 국가정책이 수만명에 이르는 해외 일자리를 틀어막고 있는 것이 현실입니다. 인공지능의 발전과 급격한 정보사회화 등으로 인한 경제적 재편과정에서 장차 수년 내에 우리나라에서는 일자리 50만 내지 100만개가 없어진다고 합니다. 일자리 창출은 우리 국가사회의 제1의 현안과제임을 생각할 때 하루바빠 우리나라의 침구제도가 정상화되어 고용을 증진하고 의료계에서 정당한 위상을 되찾으면서 국민보건에 합당한 공헌을 하여야 한다고 생각합니다.

참고 자료

1. 동아일보 기사, “석달 침 맞으면 합의금 많이 받게..” 노골적 유혹 2010. 3. 4. 자 기사 등 한방병원 관련 신문기사 모음.
2. 보건복지부, 2016. 9. 30. 시행, ‘안마사 침시술행위(3호침 이하) 관련 협조요청’, 보건의료정책과-8617. 공문.
3. 손종양, 허임 침구의 역사적 의미와 현대적 계승(침구경험방 간행 370주년 연구보고서), 허임기념사업회, 2014. 12.
4. 이주은, 한국고령사회 노인의료비 절감을 위한 1차의료로서 침구사제도 도입방안에 관한 연구 -외국의 침구사 제도를 중심으로-, 유라시아 연구 제13권 제4호, 아시아·유럽 미래학회, 2016. 111면.
5. 조병희, 한국 침구사제도의 역사와 현황, '세계 침구제도의 현황과 한국의 미래에 관한 심포지엄' 국회 입법공청회 자료집, 2005. 8. 29.
6. Beschluss vom 10. Mai 1988, 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85, BVerGE 78, 179,
7. Michael Quaas/Rüdiger Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München, 2008.
8. Heilpraktiker - Wikipedia, 2019. 11.
9. 鍼灸マッサージ海外事情 2016 フランス, 医道の日本, 2016年 3月, 75巻 3号, 20面.

2020. 4.

청구인들의 대리인

법무법인(유) 현

담당변호사 김 승 대

담당변호사 강 찬 우

헌법재판소 귀중