

헌법소원심판청구서

청 구 인

1. 이 상 진 (390318-1067211)

서울 도봉구 마들로 859-19, 105동 1605호 (도봉동, 도봉한신
아파트)

- ## 2. 손 중 양 (590501-1682711)

서울 성북구 화랑로48길 16, 123동 303호 (석관동, 두산아파트)

3. 김 숙 희 (620414-2063615)

서울 성북구 화랑로48길 16, 123동 303호 (석관동, 두산아파트)

위 청구인들의 대리인

방법

담당변호사 이재화, 하인준

서울 서초구 서초중앙로 114, 일광빌딩 6층(서초동) /137-881

청 구 취 지

의료법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것) 제27조 제1항 및 제87조 제1항 제2호는 헌법에 위반된다.

당 해 사 건

서울중앙지방법원 2018고정1430호 의료법위반 등,
(서울중앙지방법원 2019노1858호로 항소심 계속 중)
서울중앙지방법원 2018초기1811 위헌법률심판제청신청 기각 결정

신 청 대 상 법 률 조 항

의료법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것)

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생 및 제87조 제1항 제2호

제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조제2항 및 제3항, 제18조제3항, 제21조의2제5항·제8항, 제23조제3항, 제27조제1항, 제33조제2항·제8항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)·제10항을 위반한 자. 다만, 제12조제3항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

신 청 이 유

1. 사건의 개요

가. 청구인들의 지위

청구인 이상진은 모듬살이연대 봉사팀장으로, 청구인 손중양은 사단법인 허임기념사업회 대표로, 청구인 김숙희는 모듬살이연대 사무국장으로 활동하고 있습니다.

나. 재판의 전제성

서울중앙지방법원은 2018. 6. 19. “청구인 이상진은 한의사 자격을 가진 자가 아님에도 불구하고 2015. 11.경부터 2018. 4. 23.경까지 ‘모듬살이연대’를 방문한 불특정 다수인을 상대로 침뜸 시술을 해주는 방법으로 무면허 의료행위를 하였고, 청구인 김숙희는 ‘모듬살이연대’ 사무국장으로 청구인 이상진의 무면허 의료행위를 용이하게 하여 방조하였다는 사실로, 청구인 손중양은 ‘모듬살이연대’의 침뜸 시술을 할 봉사자들을 원활하게 공급할 목적으로 침뜸 교육과정을 개설한 뒤 침뜸 시술을 홍보하고 봉사자들을 배출하는 방법으로 청구인 이상진의 무면허 의료행위를 방조하였다.”는 공소사실로 청구인들에게 벌금형의 약식명령을 발령하였습니다(서울중앙지방법원 2018고약 7927호). 이에 청구인들은 2018. 6. 27. 정식재판청구를 하였습니다.

서울중앙지방법원은 2019. 6. 12. 청구인 이상진, 김숙희에 대하여 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 각 벌금 1,000,000원의 형을 선고하였고, 이에 청구인 이상진, 김숙희는 불복하여 항소를 제기하였습니다. 청구인 손중

양에 대한 의료법 방조 혐의에 관하여는 ‘손중양이 허임기념사업회를 통해 침뜸 교육수강생을 모집하고 교육을 실시한 사실만으로는 이상진의 의료법 위반행위 실행 자체를 원조하여 이를 용이하게 하는 방조 행위를 하였다고 보기는 부족하다.’는 취지로 무죄판결을 선고하였으나, 검사가 항소하였습니다. 청구인들의 위 형사사건은 모두 서울중앙지방법원 2019노1858호로 항소심 계속 중입니다.

청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구 당시 심판대상 법률조항의 위헌여부는 청구인들의 당해 재판 결론에 영향을 주는 것으로 재판의 전제성을 충족합니다.

다. 당해사건에서의 위헌법률심판제청 및 기각결정, 청구기간의 준수

청구인들은 2018. 8. 17. “이 사건 심판대상 법률조항이 명확성 원칙에 위반되고, 비의료인의 행복추구권 및 국민의 의료행위 선택권을 침해하여 청구인들의 자기결정권, 행복추구권(일반적 행동자유권)을 침해하고, 헌법 제9조(전통문화의 계승·발전, 민족문화의 창달)에 위반된다.”는 이유로 서울중앙지방법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나,

서울중앙지방법원은 2019. 6. 12. “① 이 사건 법률규정이 금지되는 의료행위의 개념을 명확하게 규정하고 있지 않다고 하더라도, 의료법의 입법 목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례, 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등을 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확하다고 할 수 없으므로 위 규정들이

죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. ② 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 이 사건 법률조항은, 의료행위를 하려는 자에 대해서는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를, 의료행위를 받으려는 자에 대해서는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 자기결정권을 제한하는 규정이 될 수 있을 것이지만, 한편 이는 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 기본권을 침해하지 아니한다.”고 청구인들의 위헌법률심판제청신청을 기각하였습니다(서울중앙지방법원 2018초기1811 결정 참조).

청구인들은 2019. 6. 13. 이 사건 결정을 송달받고 30일 이내인 2019. 7. 10. 이 사건 심판대상 법률조항의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구합니다.

2. 심판대상 법률조항에 대한 헌법재판소의 2010. 7. 29. 결정 이후의 변화

헌법재판소는 2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 사건에서 “의료법 제27조 제1항 본문의 전단 부분 및 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항 본문의 전단(각 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 중 ‘의료행위’ 및 ‘한방 의료행위’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니하고, 비의료인의 직업선택의 자유 내지 일반적 행동의 자유 및 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하지 아니한다.”는 취지로 동 법률조항의 합헌결정을 내렸지만,

합헌의견(4인)보다 “현행 의료법 규정은 의료소비자의 경제성과 접근성을 고려해 최선의 의료행위를 선택할 권리(자기결정권)를 침해하고, 생명·신체에 위험 가능성이 낮은 의료행위까지 의사 등에게 독점시키는 것은 과잉금지 원칙에 어긋나고(재판관 조대현, 이동흡, 목영준, 송두환의 반대의견 참조), 비의료인에 의한 의료행위 일체를 범죄로 보고 형사처벌까지 하는 것은 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하여 헌법에 위반된다(재판관 김종대의 반대의견).”는 위헌의견(5인) 다수였고, 오히려 합헌의견 중 1인인 김희옥 헌법재판관은 “의료유사행위 또는 보완대체의학에 의한 치료방법을 연구와 검증을 통하여 의료행위에 포함시키거나 별도의 제도를 두어 국민이 이를 이용할 수 있게 하는 것이 헌법 제36조 제3항의 취지에 보다 부합한다.”고 하면서 제도개선이 필요하다는 취지의 보충의견을 밝히기까지 하였습니다.¹⁾

이후 9년이 지난 지금까지 입법부와 행정부는 침구사들의 기본권을 보장하기 위한 아무런 대체입법 및 제도개선을 하지 않고 있는 실정으로 다시금 헌법재판소가 국민의 기본권을 보장하는 적극적인 결정이 필요한 시점입니다. 이하 이 사건 법률조항이 ‘위헌’인 이유에 관하여 상술하고자 합니다.

1) 제1호증 무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰, 증 제3호증 침사 혹은 구사 등의 자격증만 가지고 ‘침’ ‘뜸’ 혹은 ‘혈자리 자석’ 등을 종합시술하는 ‘대체의학’ 등을 통한 무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 ‘의료법’ 및 ‘보건범죄단속에관한특별조치법’ 등의 위헌 여부에 관한 연구, 증 제7호증 ‘소수의 횡포’ 가능성에 대한 위헌 심사- 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19 등(병합)과 관련하여》참조

3. 심판대상조항의 위헌성

가. 죄형법정주의의 명확성 원칙 위반

1) 관련 법리

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률에서 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미합니다(헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391).

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있습니다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 377-378 참조).

2) 이 사건 심판대상조항의 불명확성

이 사건 심판대상조항의 ‘의료행위’ 개념의 불명확성으로 인하여 일상적·상식적으로 널리 민간에 행하여지고 있고 그 사용에 별다른 전문성도 필요 없으며 위험성도 없는 수많은 민간의료행위조차 의사 아닌 사람이 할 경우 처벌받게 되어 일반의 법감정에 현저하게 저촉될 뿐만 아니라, 국가형벌권의 자의로부터 국민의 자유와 안전을 보장할 수도 없게 되고, 법관에게 독단적인 해석의 가능성을 폭넓게 허용하게 되며, 형법의 예견가능성을 통한 내면화와 그에 따른 일반 예방적 기능도 수행하지 못하고 있습니다.

가) 침뜸시술을 일률적으로 무면허 의료행위로 처벌하는 것은 명확성의 원칙에 위배됩니다.

침구요법이란 침이나 뜸 등 여러 가지 방법을 운용(運用)하여 체표위의 일정한 부위(아시혈, 경혈, 경외기혈)에 물리적 자극이나, 열적인 자극을 주어 생리에 반응을 일으킴으로써 질병을 예방하고, 완화, 치료하는 동양의 비약물적 전통요법을 말합니다. 부항이나 안마까지도 넓은 의미에서 침구요법에 포함될 수 있습니다.

아프게 되면 제일 먼저 손이 가서 아픈 곳을 만져주고, 쓰다듬고, 주무르고, 긁어주고, 눌러주고, 꼬집고, 찢어주고, 두드리기도 합니다. 필요에 따라서는 누르거나 찌르는 도구를 활용하기도 하고, 신체에 온열을 가하기도 하면서 신체의 병고(病苦)를 덜고, 건강관리를 하는 요법으로 발전시켜온 오랜 역사가 있습니다. 이러한 것이 침뜸요법(이하 침뜸은 침구와 같은 의미임)

으로 정착되어 왔고, 대부분의 방법이 의료인이 생기기 훨씬 이전부터 민간에서 널리 전수되어 왔으며, 자연의 생태계와 같이 다양한 형태로 발전시키며 활용되어온 방법들입니다. 침구요법이 이렇게 선사시대부터 전해 내려온 전통적 민간의술이라는 특성에 따라서 누구나 해도 안전하고, 약간의 주의사항을 함께 익히면 활용하여 효과를 볼 수 있는 부분이 대단히 많을 수밖에 없습니다.

널리 민간에서 전통으로 전수되어 활용되어온 의술은 ‘생활의술’, ‘민간의술’, ‘자연의술’ 등으로 불리어집니다. 침뜸의 경우도 생활침뜸의 저변 위에서 전문의술, 학문의술, 직업의술, 제도의술, 고급의술로 발전하여 전문적 성격의 침뜸이 생겨나왔다고 볼 수 있습니다. 전문화된 침뜸요법도 다시 민간으로 널리 전해지며 생활침뜸으로 활용되기도 하면서 발전에 발전을 거듭하기도 합니다. 더구나 도구의 발달로 침을 놓거나 뜸을 하는 방법에 있어서도 혁신이 이루어지고, 이에 따라 물리적 자극이나 온열자극을 더욱 안전하면서도 손쉽게 할 수 있는 쪽으로 발전해 왔으며, 앞으로도 이러한 방향으로 나아갈 것입니다.

침뜸요법의 이러한 특성에 따라서 이를 일률적으로 의료행위로 규정하여 금지하도록 하는 것은 사실상 불가능하다고 판단하여, 현행 의료법에서 포괄하지 못하고 있는 의료유사행위나 대체의학적 치료방법에 대해서는 별도의 법률을 제정하도록 해야 한다는 의견들이 기존의 헌법재판관들이나 과거 정부당국, 관련 전문가들 사이에서 제기되어온 것입니다.

여러 가지 형태의 침구요법 중에 구체적으로 어떤 행위가 의료행위로 처벌이 되는지에 대한 구체적인 규정이 법률에 명시되어 있지 않은 상태에

서 민간에서 다양한 형태로 전수되어 내려온 모든 방식의 침뜸시술을 일률적으로 무면허 의료행위로 처벌하는 것은 명확성의 원칙에 위배됩니다.

또한 이 사건 법률 조항으로 인하여 민간에서 경제적 이해와 전혀 관계없이 오직 병고를 덜어주겠다는 생각으로, 물리적 자극(침을 포함한 각종의 자극기구)이나 열적 자극(뜸)을 하여 체기를 내리고 건강을 관리해 주던 우리의 부모와 이웃과 선조들까지 범죄자로 취급되어야 할 지경입니다.

나) ‘(한방)의료행위’ 개념의 불명확성

의료법이 규정하고자 하는 ‘의료’ 개념에 상식적이고 합리적인 제한을 가할 수밖에 없습니다. 즉, 의료인이 아니면 의료행위를 못하게 한 취지에 비추어 보면, 의료법에서의 ‘의료’란 모든 치료행위를 말하는 것이 아니고, 의료인이 그에 대하여 능통하고 의사들이 아니면 잘 할 수 없으며 의사 아닌 사람이 사용할 경우 환자의 건강을 오히려 악화시킬 위험이 있는 행위에 국한시켜야 하는 것입니다.

현행 의료법이 아무런 제한 없이 모든 의료에 대하여 의사 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하고 있는 것은, 결국 금지되는 의료행위의 개념을 구체적으로 명확하게 정의하지 아니함으로써 범죄의 구성요건을 불확정·불명확하게 한 결과 죄형법정주의의 원칙인 법률명확성의 요구에 반한다고 할 것입니다.

더구나 ‘한방의료’라는 개념은 더욱 불명확합니다. 법률로 정해진 개념이 아니라 유권해석에 의존하여 판례가 생겨나고, 그러한 유권해석에 의존

한 판례가 관행적으로 고착되어 왔습니다.

대법원은 1961. 10. 10. “한의사의 면허를 가진 자는 면허 없이 침술 구술을 시술할 수 있다는 근거는 없다.”고 판시한 바 있습니다(대법원 사건 번호 4202행상122) 위 판결 당시 한의사들은 침뜸을 시술할 수 있는 자격이 없었다고 할 수 있습니다. 그런데 어제 어떠한 경로를 통하여 한방의료 개념에 침뜸이 포함되었는지 의아할 수밖에 없습니다. 이에 1988. 8. 29. 대한침구사회는 한의사의 침구시술허용에 관한 법적 근거를 보건사회부와 법무부 법제처에 질의를 한 바 있습니다. 이 질의에 대한 동년 9. 7. 보건사회부는 “의료법에는 한의사의 침구시술을 허용하는 규정이 없음을 인정한다.”면서, “의료법 시행규칙에 따라 한의사는 침구 시술을 할 수 있다.”라고 답변하였습니다. 의료법 시행규칙 제8조와 제30조에 따르면 한의사 국가시험의 시험과목에 내과학, 외과학, 부인과학, 소아과학, 신경정신과학, 안·이비인후과학, 본초학, 한방생리학, 예방의학 및 보건의약관계법규 등과 함께 침구학이 시험과목에 들어있다는 것이 한의사의 침구시술권을 인정하는 근거라는 것인데, 이는 ‘법’으로 규정한 것이 아닌 ‘시행규칙’을 근거로 한 보건사회부의 유권해석에 불과한 것입니다. 법률적 근거가 없는 유권해석을 근거로 한 한의사만이 침구 시술을 독점하게 된 것입니다.

구 보건사회부는 1988. 2. 8. 당시 대한안마사협회의 안마사의 업무범위에 대한 청원 회신에서 안마사에 관한 규칙 제2조(안마사의 업무범위) 중 ‘그 밖의 자극요법’에 3호침 이하의 침시술이 포함된다는 내용의 유권해석을 내림으로써 시각장애인 안마사의 침시술을 제도권에 포함시킨 바가 있습니다. 3호침은 지름 0.25mm, 길이 5cm의 침입니다. 지금도 맹인 안마사들은 안마시술 과정에서 3호침을 자극요법의 하나로 관행적으로 사용하고 있

습니다.

위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 현행 의료법에 의료유사업자인 침사와 구사의 업무로 규정하고 있는 침과 뜸을 ‘한방의료’에 포함시키고 의료행위와 동일하게 적용하여 이를 위반할 경우 처벌하는 이 사건 심판대상 법률조항은 명확성의 원칙에 위배된다고 할 것입니다.

3) 범죄의 구성요건을 법률이 아닌 시행령에 위임하는 죄형법정주의 위반

헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 밝히는 죄형법정주의는 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정할 것으로 정합니다.

의료법 제87조, 제27조에 따라 무면허 의료행위로 처벌받는지 여부는 면허의 소지 유무 및 각 면허에서 정한 업무 한계에 따라 결정됩니다. 현행 의료법 제82조는 ‘안마사에게 의료법 제27조에도 불구하고 안마업무를 할 수 있다.’고 정하고, 동조 제4항에 따라 안마사의 업무한계는 보건복지부령으로 정하고 있습니다. 또한 의료법 제81조는 ‘이 법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 접골사, 침사, 구사 등 의료유사업자는 시술을 업으로 할 수 있음’을 정하고, 의료유사업자의 시술행위, 시술업무의 한계 등에 관한 사항은 보건복지부령으로 정하고 있습니다.

이 사건 심판대상 법률조항과 위 규정을 종합하여 보면, ‘무면허 의료행위’의 대상에 포함되지 않는 침구사 등 의료유사업자와 안마사의 업무범위를 시행령인 보건복지부령으로 정하고 있는바, 이는 구성요건요소를 법률이

아닌 시행령에 위임하는 것으로 죄형법정주의에 위배된다고 할 것입니다.

나. 과잉금지의 원칙 위배

1) 제한되는 기본권 : 비의료인의 직업선택의 자유·행복추구권, 의료소비자의 건강권·의료행위 선택권

모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받을 권리가 있고, 헌법 제10조에 따라 자신의 행위를 스스로 결정할 수 있는 자기결정권이 있으므로, 원칙적으로 국민 스스로가 경제성과 접근성을 고려한 최선의 의료행위를 선택할 권리가 있습니다. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 의료법 제25조(현 의료법 제27조) 의료면허제도는 일정한 영역에서 의료에 관한 지식과 기능을 가지고 있지만 국가가 인정하는 의료인의 자격을 갖추지 못한 비의료인이 의료행위를 개인의 경제적 소득활동의 기반이자 자아실현의 근거로 삼으려는 자유, 즉 직업선택의 자유를 제한합니다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882, 886-887 참조).

또한 이 사건 법률조항은 비의료인의 행복추구권(일반적 행동자유권)을 제한합니다. 인체와 경혈의 원리를 이해하고, 종래 민간에서 널리 전수되고 시행되어 온 침·뜸의 원리와 시술에 관한 지식을 습득하고, 이를 바탕으로 스스로의 건강을 지키고 가족과 이웃의 건강을 돌보는 것은 그 자체가 인간의 생존본능이자 당연히 누려야 할 천부적 권리라고 할 수 있습니다. 비의료인도 가족, 친지는 물론 타인의 건강을 지키고 질병을 치료하는 행위를 통해서 행복을 추구할 권리가 있는데, 이 사건 법률조항은 이를 제한하고 있는 것입니다.

인간의 생명권은 가장 우선적으로 보호되어야 할 가치입니다. 제도권 의료인들로부터 치료가 불가능하다는 판단을 받은 환자가 비록 의사면허는 없지만 자신의 질병에 대하여 특별한 치료술을 가진 자로부터 치료받을 권리를 박탈할 수는 없습니다. 이를 박탈하는 것은 환자에 대하여는 인간의 존엄과 가치의 기초가 되는 생명권을 침해하는 것이 되고, 환자의 치료받을 권리 및 치료수단의 선택권을 박탈하는 것이 됩니다. 따라서 이 사건 법률조항은 국민이 건강을 위하여 의료행위를 선택할 수 있는 권리, 즉 의료소비자인 국민의 자기결정권을 제한합니다.

결국 현행 이 사건 심판대상조항은 환자(국민)에 대하여 인간의 존엄과 가치의 기초가 되는 생명권, 건강권, 보건권, 환자의 치료받을 권리 및 치료수단의 선택권을, 그리고 의료제공자에 대하여는 직업선택의 자유, 행복추구권의 본질적 내용을 제한합니다.

2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

가) 침해의 최소성 위반

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 공익을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 최소한도로 제한하는 수단을 선택하여야 하므로, 의료면허제도를 설정함에 있어서도 비의료인의 행복추구권과 의료소비자의 의료행위 선택권을 필요최소한의 범위 내에서 제한하여야 합니다.

모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받게 함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위하여는(의료법 제1조), 국가는 의료행위의 태양이나 생명·신체에 대한 위험성에 따라 다양한 의료인의 자격을 설정함으로써, 의료소비자인 국민으로 하여금 적절한 비용이나 접근성에 맞는 의료행위를 선택할 수 있게 해야 합니다. 만일 개개 의료행위에 필요한 지식과 기술의 정도나 그 위험성 등을 고려함이 없이 비의료인에 의한 의료행위 전부를 일률적· 전면적으로 금지한다면, 국민에 대하여 의료행위의 선택가능성을 좁게 함으로써 오히려 이들의 생명·신체에 대한 위해발생을 방지하고자 하는 입법목적과는 반대의 결과를 가져올 여지도 있습니다.

침구는 생명·신체에 대한 위험성이나 부작용에 있어서 통상의 의료행위와 비교가 될 수 없을 만큼 낮습니다. 침구인들이 활동하는 ‘모듬살이연대’가 2005년경부터 14년째 침뜸 봉사활동을 해왔는데 단 한 건의 사고도 없었다는 사실도 침구의 안전성을 뒷받침합니다. 그럼에도 불구하고 이러한 의료행위까지 한의사에게 독점시키는 것은 국민에 대하여 그들의 생명·신체에 대한 위해발생을 방지한다거나 건강권을 최대한 보장하는 수단이라고 할 수 없습니다.

이 사건 법률조항들의 입법 목적을 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권을 덜 침해하는 수단은 얼마든지 상정할 수 있습니다. 독일은 치료사, 미국의 일부 주들은 침술사, 일본은 의업유사행위자로서 안마마사지지압사, 침술사, 구사, 유도정복사 등을 인정하고 있습니다. 이와 같이 보건위생상 위해가 생길 우려가 있지만 의사면허를 취득할 정도의 전문적인 지식과 기술이 필요하다고 보기 어려운 행위에 대하여 의사의 면허보다 낮은 수준의 의료기능만으로도 자격을 취득하고 그 범위 내에서 의료행위를 시행할 수 있

도록 허용함으로써, 이 사건 법률조항들의 입법목적은 달성하면서도 비의료인의 행복추구권 및 국민의 의료행위 선택권을 최대한 보장할 수 있는 것입니다. 현행 의료법 제81조는 “이 법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 접골사, 침사, 구사(이하 ‘의료유사업자’라 한다)는 제27조에도 불구하고 각 해당 시술소에서 시술을 업으로 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 위 조항의 의료유사업자에 “보건복지부장관이 실시하는 침구사 자격시험에 합격한 자”를 포함시켜 침구를 행할 수 있는 의료유사업자를 인정하게 할 수 있습니다.

그럼에도 불구하고 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 침뜸행위까지도 전면적·일률적으로 의사, 한의사 등에게 독점시키는 것은 비의료인의 행복추구권과 국민의 의료행위 선택권을 지나치게 제한하는 것으로서, 최소침해성의 원칙에 반합니다.

나) 법익균형성 위반

생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위까지도 전면적·일률적으로 한의사 등에게 독점시킴으로써 얻을 수 있는 공익은 다소 추상적인 반면, 이 사건 법률조항들에 의해 제한되는 비의료인의 행복추구권과 의료소비자의 의료행위 선택권은 구체적이고 현실적입니다.

제도권 의료인들로부터 치료가 불가능하다는 판단을 받은 환자가 비록 의사(의과대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 의사, 치과 의사 및 한의사를 포함)면허는 없지만 자신의 질병에 대하여 특별한 치료술을 가진 자로부터 치료받을 권리가 있습니다. 그럼에도 불구하고 환자의 의

료행위 선택권을 박탈하는 것은 환자에 대하여는 인간의 존엄과 가치의 기초가 되는 생명권을 침해하는 것이 되고, 환자의 치료받을 권리 및 치료수단의 선택권을 박탈²⁾하는 것이 됩니다. 또한 무면허 의료제공자에 대하여는 자아실현의 기회를 박탈한다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권을 제한한다고 할 것이고, 무상의 봉사활동으로 그러한 의료서비스를 제공할 경우 더욱 그러합니다.

사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 사이버 의료행위를 방지하여야 하는 것은 당연합니다. 그러나 이러한 목적 달성을 위하여 치료결과가 좋은 나쁜든 예외 없이 모든 무면허 의료행위를 금지하는 규제방법은 '대안이 없는 유일한 선택'이지도 않고, 비례의 원칙에 부합하지도 않습니다.

즉, 의료법이 무면허 의료행위 제한에 일정한 예외를 두거나 무면허 '의료행위'의 의미를 좁게 규정하더라도 사이버 의료인들은 형법상 업무상 과실치사상죄나 사기죄 등으로 처벌할 수 있고, 그러한 규정이 부족하다면 의료무능력자인 사이버 의료인의 행위를 가중처벌하는 규정을 두고 법령을 집행하면 될 것인데, 이 사건 심판대상법률조항처럼 모든 무면허 의료행위를 일률적·전면적으로 금지하는 규제방법은 의료능력이 있는 사람의 의사까지 사장시키게 되고(이는 의료제공자의 행복추구권을 침해합니다.) 반사적으로 환자의 생명권, 건강권, 치료받을 권리 및 치료수단의 선택권 등을 침해한다는 점에서 이 사건 법률조항들은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 할 것입니다.

2) 제도권 의료인들이 더 이상 치료하지 못하는 이상 유일한 치료수단을 막는 것은 치료받을 권리 및 치료수단의 선택권을 '제한'하는 것이 아니라 '박탈'하는 것입니다.

다) 소결

이 사건 법률조항들로 인하여, ‘사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위’에 대하여 이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 비의료인의 행복추구권 및 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

다. 위헌 여부에 대한 결정을 함에 있어서 고려할 사항

1) 침뜸은 민족의 공동자산이라는 점

생명은 생명을 낳고, 낳은 생명은 스스로를 지키며 건강하게 살아가고자 합니다. 인류는 험난한 환경 가운데서 자연의 이치를 터득하여, 이를 생명과 건강을 지키는데 적극 활용해 왔습니다. 태초의 의료는 이렇게 생명을 낳고, 건강을 지키고자 하는 데에서 생겨났습니다.

침뜸은 바로 이러한 과정에 생겨난 자연요법입니다. 그만큼 역사도 길고 민간에서 광범하게 활용되어온 전통문화입니다. 침뜸은 민족 구성원들 모두가 생활의술로 널리 활용해 왔습니다. 민족적 공동자산이라고 할 수 있습니다(증 제4호증 전통 침구의 단절과 침구사의 존립 양상 - 원로 침구사의 경험과 인식을 중심으로 참조).

민족적 공동자산을 특정집단의 전유물로 하고 나머지 사람들이 이를 향유하는 것을 금지·차별하는 것은 정당성이 없습니다.

2) 한의사의 침구독점은 부당하였다는 점³⁾

해방 후 한국정부가 제정한 최초의 의료관계법은 1951년에 공포된 국민의료법입니다. 이 법률은 의사·치과의사·한의사 등을 의료업자로 규정하고, 이들 의료인과는 별도로 접골·침술·구술·안마술업자 등을 '의료유사업자'로 정했습니다. 당시 보건사회부가 의료유사업자제도에 대한 부령을 제정하지 않아 침구사가 배출되지는 않았지만, 1950년대 국민의료법 입법과정에서 한의사들은 침구사제도 존속에 대하여 별다른 의견제시가 없었고, 침구는 한의사의 영역도 아니었습니다. 1962년까지 실시되었던 한의사 자격 검정시험 과목은 첩약조제 관련 과목으로 구성되었을 뿐 침구 관련 과목은 포함되지 않았습니다. 한의사협회 회장까지 지낸 바 있는 원로 한의사 배원식도 자신은 침구학에 대해 알지 못하며, 일평생 침구를 행한 적이 없고 면허 취득 당시 침구시술행위가 검정과목에서 제외되어 침구시술을 행할 자격도 없다고 밝힌 바 있습니다.

1960년대에 이승만 정부가 학생들의 반정부 시위에 의하여 몰락하고 새로 장면 정부가 수립되면서 '민의를 표출'이 자유로워지면서 다양한 조직과 단체들의 민원이 제기되었습니다. 침구를 배웠던 침구학원 졸업생들과 맹인학교 학생들이 침구사 주무부령 제정을 강력하게 요구하였습니다. 맹인들이 생업으로 안마와 침구를 배웠으나 법적 자격을 얻지 못하게 되자 적극적인 행동에 나섰던 것입니다. 연기를 거듭하던 의료유사업자에 대한 부령이 제정된 것은 국민의료법이 제정되고 10년 가까이 지난 1960. 11.이었습니다.

3) 제10호증 사단법인 허임기념사업회, 침구사 양성을 통한 의료일원화 추진 정책제안 참조

60년대 당시에도 침사 및 구사 자격시험이 시행되기를 고대하는 이들이 있었습니다. 문교당국이 인가한 11개의 침구사 양성기관에서 소정의 교육을 마친 5천여 명의 졸업생들이었습니다. 부령이 제정됨에 따라 이들 졸업생은 침구사가 될 수 있는 길이 열리는 듯 했습니다.

그러나 1961년 5.16군사쿠데타 이후 군사정부의 국가재건최고회의에서 1962. 3. 20. 국민의료법을 전면적으로 개정한 의료법을 만들면서 의료유사업자 제도에 관한 규정을 삭제해버렸습니다. 국민의료법 제59조에 있었던 “종래에 규정된 접골술·침술·구술·안마술업자 등 의료유사업자제도는 주무부령으로서 정한다.”는 조문을 없애버린 것입니다. 이미 면허가 있는 의료유사업자만 인정한다는 부칙만 남겨 놓았습니다.

군사 쿠데타로 불법적으로 권력을 찬탈한 국가재건최고회의에서 국민적 의견수렴도 없이 일방적으로 민간침구인들을 제도권으로 수렴하는 절차를 삭제한 것입니다. 이는 민간에서 널리 침구를 해오면서 제도권 침구사로 진입하고자 하였던 국민들을 배제시킨 것이라고 볼 수 있습니다. 침뜸의 기술을 전승하여 오던 사람을 적극적으로 발굴하여 제도권으로 흡수하여 국가 건설의 자산으로 삼아야 할 국가가 국가를 믿고 침구사의 길을 가겠다는 사람들의 길을 봉쇄해 버린 것입니다.⁴⁾

침구를 전문으로 해 오던 사람들을 배제하고 한약조제를 주로 해오던 한의사에게만 침구를 독점시킨 것 자체가 정당성이 없기 때문에 60여년이 지난 오늘날까지 침뜸에 대한 한의사들의 배타적 독점에 대한 문제제기가 끊임없이 계속되고 있는 것입니다. 한의사협회의 고발이 끊임없이 이어지는

4) 역정-침구술의 법제화를 위하여 - 한국침술연합회 증보 2008

데도 국민들은 여전히 침뜸을 다양한 형태로 전수하여 널리 활용하고 있습니다. 이는 국민들의 소리 없는 저항이자 전통침뜸의 탁월한 효과의 반증이라고 할 것입니다.

요컨대, 널리 민간에 전수되어 민족 구성원 모두가 제한 없이 써오던 침뜸을 민간침구인들의 제도권 수렴과정도 없이 일반 국민들도 활용하지 못하도록 하면서 한의사만 배타적으로 독점하도록 한 것은 내용적·절차적으로도 정당하지 못하다고 할 것입니다.

3) 전통침구인이 무시 배제되고, 제도적 차별과 인권침해를 받는다는 점

오랜 역사를 가진 민간전통요법인 침구는 전문직역으로도 발전하여 왔습니다. 조선에서는 세종대왕 때 시행된 침구의(침의) 제도를 오랜 논의 끝에 성종 때 경국대전에 의원시험과 내의원의원시험과 별도로 침구의 시험에 관한 규정을 두고 침의를 선발하여 국가의 보건의료 자원으로 줄곧 활용해 왔습니다.

구한말 현대적 의료기관에서도 침의가 배치되어 있었습니다. 일제도 한방의료를 담당하던 의생과 별도로 침구를 하던 사람들을 침사 구사 등의 의료 유사업자로 인정하였습니다. 그런데 해방 후 대한민국은 민간에서 침술과 뜸요법을 전수받아 전국 방방곡곡에서 백성들의 생활 가운데 깊숙이 자리를 잡은 침구를 무시하고, 전통 침구인들을 제도권에서 배제했습니다.

전통 침구인에 대한 무시와 배제로 비제도권에 머물게 된 이들은 한의사와 같은 제도권 직역과 차별을 불러오고, 차별은 인권침해로 이어지게 되었

습니다(청구인들은 침구인들에 대한 차별 시정을 요구하기 위하여 국가인권위원회에 진정을 제기하였고, 추후 국가인권위원회의 관련 의견서를 제출할 예정입니다.)

전통침구인을 배제하는 현행 의료법에 의한 인권침해의 피해자는 해당 침구인들에 그치지 않고 그들의 활동으로 도움을 받을 수 있는 의료선택권자인 국민들도 막대한 피해를 보고 있습니다.

4) 의료인 외에도 침구를 널리 활용하도록 하는 것이 세계 보편이라는 점

국가는 국민의 자발적이고 선량한 활동이 생명이나 신체상에 위해를 미칠 가능성이 있다고 한다면 그와 관련된 분야에 소정의 교육을 받도록 하거나, 관련된 부분에 대하여 검증절차를 거치도록 할 수 있을 것입니다. 침구에 관한 전통이 없었던 나라에서 침구를 업으로 하는 경우에도 소정의 신고절차를 거쳐 허용하거나, 관련한 검증제도를 만들어 침구를 의료인 외에도 할 수 있도록 하여 널리 활용되도록 하고 있습니다.

우리과 침구에 대한 전통이 유사한 일본의 경우는 의사들의 시험과목에 동양의학개론이 필수 과목으로 들어 있고, 의료법과 별도로 의업유사행위자로서 안마마사지지압사, 침술사, 구사, 유도정복사 등을 인정하고 침구를 다양한 보건의료형장에서 널리 활용하고 있습니다.

중국의 경우는 위생부(보건복지부에 해당)에서 발급하는 중의침구의사와 별도로 노동부에서 소정의 과정을 마친 사람들에게 보건침구사라는 직역으로 노동허가증을 발급하여 적법하게 국내외에서 취업하여 침술활동을

할 수 있습니다.

독일은 '면허 없이 직업적인 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률'(gesetz uber berufsmaßige ausubung der heilkunde ohne bestallung)에 의하여 국가 보건관청 소속 의사가 의사 면허 없이 의료행위를 하고자 하는 자의 자격요건 및 당해 의료행위가 국민건강에 위협이 있는지를 심사하여 치료사(heilpraktiker)로 허가를 함으로써 의사면허가 없는 자도 일정 의료행위를 할 수 있도록 허용하고 있습니다.(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가 19 등 결정 반대의견, 중 제9호증 외국 및 우리나라의 의료유사 운영실태조사 참조).

미국에서도 침구는 의사들이 침구교육과정을 200~300시간만 이수하면 바로 침구를 시술할 수 있고, 의사와 별도로 치료사 형태로 침술사를 인정하여 4만~5만 명의 침구사가 활동하고 있습니다.

최근 의학계의 세계적 트렌드는 통합입니다. 중국과 일본은 통합이 이미 보편화되는 추세이며 영국, 독일, 프랑스와 미국 등 현대의학의 본고장인 서구 선진국의 의학계도 침구효능을 인정하고 많은 의사들이 침을 배워 현대의료의 임상현장에서 직접 사용하거나, 침구사를 의료인과 별도로 양성하여 침구시술을 하도록 허용합니다. 그러나 우리나라는 치료의 효율성보다 이익집단의 영역다툼에 밀려 양한방의 영역을 구분하고 갈등의 골만 깊여가고 있습니다. 하루빨리 침구사를 양성하여 양방과 한방 등 모든 보건의료현장에서 널리 고용하여 활용하도록 하는 것이야 말로 글로벌 보편성에 부합하는 일일 것입니다.

이와 같이 해외에서 의료인 자격이 없는 사람들이 아무런 문제없이 침
뜸시술을 행하고 있는바, 유독 우리나라에서만 비의료인에게 침뜸 시술행위를
제한하는 것은 납득하기 어렵습니다.

5) 한국인 침구사들이 해외에서는 널리 인정받고 있다는 점

‘접골사·침사·구사·안마사자격시험규정’ 제3조 제1항 제2호에는
‘보건복지부장관이 인정하는 외국의 의료유사업자양성기관에서 접골술, 침술
또는 구술에 관한 소정의 과정을 수료하고 자격증 또는 면허증을 받은 자’를
한국의 침사 구사 시험 응시 자격이 있다고 규정하고 있습니다. 하지만 보건
복지부가 국내에서 침사나 구사 양성기관도 지정하지 않고, 자격시험을 시행
하지도 않음으로 인하여 침구사라는 직업선택의 자유를 찾아 외국으로 나갈
수밖에 없습니다. 할 수 없이 많은 시간과 비용을 들여 다른 나라의 침구사
양성기관에서 교육을 받고, 그 나라의 침구사 자격증을 소지 하게 됩니다.
하지만 또 고국으로 돌아와 이를 활용하며 살고 싶어도 그럴 수가 없습니다.

외국에 나가서 그 나라의 침구사 자격을 취득했지만 한국에서는 침구
사 자격시험이 시행되지 않으니 다른 나라에서 받은 침구사 양성교육과 자
격증을 인정받을 수 있는지 문의조차 할 기회가 없게 됩니다.

직업선택의 자유와 거주이전의 자유는 동전의 양면처럼 함께 붙어 다
닙니다. 사람이 어떤 곳에서 산다는 것은 단순한 거주공간만 의미하지 않고
거기서 어떤 일을 하며 삶의 가치를 실현할 것인가 하는 것과 밀접히 연관
되어 있습니다.

침구사로서 이웃의 건강을 돌보며 고국에서 살고 싶은데도 한국은 그렇게 할 수 있는 기회를 주지 않고 있습니다. 보건복지부는 직업선택의 자유를 봉쇄함으로써 고국에서 살 수 있는 권리도 앗아 갑니다. 대한민국 국내에서는 무시되고 배제되었던 한국의 전통침구인들이 해외에서는 곳곳에서 인정을 하고 환영을 받으며 훌륭하게 활동하고 있고, 침구불모지도 개척하고 있습니다.

스페인에서는 한국인 침구사 300여명이 당국의 아무런 제한 없이 침술 활동을 영위하고 있고, 이들 가운데는 침구사협회를 창립하여 스페인 사람들에게 침구를 교육하여 불모지를 개척해 오고 있고, 지금은 중국과 일본 등의 침구인들이 경쟁적으로 자국의 침구를 전파하여 스페인에는 2만여명의 침구사들이 활동하고 있는 것으로 알려져 있습니다. (증 제11호증 스페인 침구사 인터뷰 참조).

무료봉사로 단지 침뜸을 해줬다는 이유로 고발을 당하고 반복적으로 형사적 재판을 받고 있는 청구인 이상진과 동일하게 한국에서 민간 침구교육기관의 침구교육을 받은 증서를 가지고 필리핀에서는 침구병원을 개원 허가를 받아 침구를 전파하며 침술원을 운영하고 있습니다(증 제12호증 한국인 침구사의 필리핀 내 직업 침구사로서 10년의 기록 참조).

러시아 사할린에서는 한국 침구인이 주립 의료기관의 도움요청까지 받으며 침뜸으로 인술을 실천하고 있습니다. (증 제13호증 오마이뉴스, 2019. 5. 3. '[민병래의 사수만보] 사람 살리는 데 면허가 전부는 아닙니다.'기사 참조)

6) 한의사의 침구 독점은 국민 대다수의 이익에 반한다는 점

국회 입법조사처장을 지낸 바 있는 임종훈 홍익대학교 법대 교수는 2010년 헌법재판소의 침구 관련한 판결에 대하여 “‘소수의 횡포’ 가능성에 대한 위헌심사 - 현재 2010. 7. 29. 2008헌가19 등(병합)과 관련하여”라는 제목의 연구논문을 발표했습니다(증 제7호증). 여기서 임 교수는 소수로 구성된 이익집단과 국민 대다수의 이익이 상충하는 사례인 침구사법이 헌법재판소에서 다루어졌다고 풀이했습니다.⁵⁾ 침뚝과 관련해서는 소수의 이익집단인 한의사협회와 국민 대다수의 이익이 상충하는 사안이라는 것입니다.

임종훈은 2008년 국회입법조사처장으로 재직하고 있을 당시에 쓴 “입법과 경제적 효율성 - 침구사제도의 입법에 관한 비교제도분석을 중심으로”라는 논문(증 제8호증)에서도 ‘소수의 횡포’에 의해 침구사 제도가 시행되지 못하고 있음을 연구해 밝힌 바 있었습니다.⁶⁾ 이 논문에서 임종훈은 “국회는 대의제민주주의 원리에 충실하게 국민 다수의 뜻을 반영하여 입법을 하여야 하나, 적지 않은 경우 국회는 국민다수의 뜻보다는 잘 조직화된 소수 이익집단의 입장을 대변하는 입법을 하고 있다.”고 밝혔습니다. 다수 국민의 희생하에 소수 이익집단의 이익을 대변하여 법률 추진이 가로막힌 대표적 사례로 침구사법을 들고 있습니다.

임종훈은 침구사를 별도로 양성하는 입법을 추진할 경우, 국민의 대다수가 이익을 보지만 그 이익의 정도가 개인별로는 얇기 때문에 개인별 이익의 정도가 두터운 한의사 집단의 정치적 영향력에 의해 침구사법의 입법

5) ‘소수의 횡포’ 가능성에 대한 위헌심사- 현재 2010. 7. 29. 2008헌가19 등(병합)과 관련하여》 임종훈, 홍익법학, 13 권 4 호, 2012 홍익대학교 법학연구소

6) 《입법과 경제적 효율성 - 침구사제도의 입법에 관한 비교제도분석을 중심으로》 임종훈, 홍익법학 10 (2), 홍익대학교 법학연구소 2009.06

추진이 좌절되어 왔다는 것입니다.

한의학사의 침구 독점은 국민의 대다수의 이익에 반함에도 불구하고 한의사 집단의 집요한 반발 때문에 해소되지 못하고 있는바, 헌법재판소 결정을 통하여 국민의 건강권을 도모할 필요성이 긴요합니다.

7) 한의학사의 침구 독점으로 국가적 침구술 경쟁력이 퇴보하고 있다는 점

북한, 중국, 일본 등은 민간침구인들을 적극적으로 제도권으로 수렴하여 이를 바탕으로 전통의 침뜸술을 발전시키고 있고, 양한방의 모든 보건의료 현장에서 널리 활용하고 있습니다. 중국은 중의와 양의를 포함한 의사는 물론이고 조리 의사와 조산원까지도 침술을 활용하고 있습니다. 중국과 일본은 2~3년의 교육을 통해 수많은 침구사들을 전 세계로 배출하여 국제침구시장을 경쟁적으로 선점하고 있습니다(증 제4호증 전통 침구의 단절과 침구사의 존립 양상 - 원로 침구사의 경험과 인식을 중심으로, 증 제5호증 민족의학 그리고 남북 전통의학 교류, 남북 민족의학 통합, 시너지 대단할 것 참조).

우리나라의 경우는 해방 이후 전통적 침구인이 한 번도 제도권으로 수렴되지 못한데다가 민간 침구인을 무면허라며 지속적으로 단속만 해왔습니다. 민간에서 널리 침뜸을 전수받아 활용해 오고 있는 침뜸 전승자들을 제도권으로 수렴하지 않았으니 우리나라 침뜸술은 퇴보할 수밖에 없었던 것입니다.

우리나라 침구술은 이를 독점하고 있는 한의학사의 실력에 좌우될 수밖에

에 없는 구조인데 한의대에서 침뜸 관련 교육시간이 30시간에 불과하다는 주장이 나와 논란이 된 적도 있습니다. 한의사협회는 무면허 의료행위로 고발하고 있는데 일선 한의사들은 개별적으로 한의사 면허가 없는 민간 침구인들을 찾아다니며 고액의 개별과외를 받고 있는 역설적인 상황입니다.

이 사건 법률조항이 위헌으로 선언되면 침구사 제도가 도입되어 기존에 봉사활동으로 침구를 행하여 온 사람들뿐만 아니라 유능한 인재들이 침구 영역에서 기량을 마음껏 펼칠 수 있습니다. 침구 영역 활성화·대중화로 국민 건강이 향상될 수 있을 뿐만 아니라 전세계에 우리 침구술이 널리 보급되고 외화획득, 일자리 창출의 이득도 발생하는 것입니다.

8) 침뜸은 의료유사업자의 행위로서 간호조무사나 안마사에 준하는 위상이라는 점

의료유사업자에 관한 규정이 법령상 간호조무사 위상 정도로 규정되었습니다. 침사와 구사에 관한 업무규정은 1973년에 ‘간호보조원·의료유사업자 및 안마사에 관한 규칙’⁷⁾에 간호조무사와 안마사의 업무와 함께 침사와 구사의 업무에 관해 명시하고 있습니다. 이 법령에서 안마사 부분은 ‘안마사에 관한 규칙’이 별도로 제정되면서 삭제되었고, 침사와 구사에 관한 규정은 현재의 법령집에도 ‘간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙’⁸⁾ 가운데 엄연히 별도로 자리잡고 있습니다. 즉 “③ 침사는 환자의 경혈에 대하여 침시술 행위를 하는 것을 업무로 한다. ④ 구사는 환자의 경혈에 대하여 구시술 행위를 하는 것을 업무로 한다.”고 되어 있는 것입니다.

7) [1973.10.31.] [보건사회부령 제428호, 1973.10.31., 제정]

8) [시행 2017.5.30.] [보건복지부령 제497호, 2017.5.30., 타법개정]

이상으로 볼 때 침사와 구사의 업무는 안마사와 마찬가지로 별도로 독립할 수 있는 의료유사업의 하나임을 알 수 있습니다.

현재의 법령에서도 ‘접골사·침사·구사·안마사자격시험규정’⁹⁾으로 침사와 구사에 관한 시험규정이 안마사와 같은 법령에 명시되어 있습니다. 간호조무도 안마도 엄연히 별도의 직역으로 존재하듯이 침과 뜸도 굳이 의료인이 행하지 않고도 별도의 직역인 침사와 구사라는 의료유사업자가 할 수 있는 사항입니다. 안마와 나란히 ‘의료유사행위’로 구분되어 시행되어온 침과 뜸을 의료인인 한의사만이 배타적으로 독점하도록 하는 것은 많은 사회적 논란을 빚으며 60여년 동안 끊임없이 법률적 쟁송의 대상이 되고 있습니다.

간호조무사나 안마사 정도의 교육과정을 이수하면 할 수 있는 침과 뜸을 하는 업종을 별도로 제정하려는 정책을 역대 정부에서 여러 차례 추진한 바가 있었습니다. 하지만 이익집단이 강력하게 진입장벽을 치는 바람에 입법이 이루어지지 못하였을 뿐입니다.

9) 의료유사행위 관련 입법 동향

2007년 「의료법」을 전면 개정하는 과정에서부터 의료유사행위와 관련된 별도 입법이 추진되기 시작했습니다. 이에 따라 한국보건산업진흥원은 2008년 보건복지부 용역으로 ‘외국 및 우리나라의 의료유사 운영실태조사’를 하여 발표했습니다(증 제9호증).

9) [2013.3.23.] [보건복지부령 제185호, 2013.3.23., 타법개정]

이 연구용역보고서에서는 현행 ‘의료유사’의 개념을 존속시킬지 여부에 따른 장단점을 비교하면서 침구 등 의료유사에 대한 자격제도를 명확히 할 것을 제안하고 있습니다. 여기서 제안하는 제도개선 방안은 ① 현 의료유사 개념 폐지하되 개별법으로 추진하는 방안, ② 현 의료유사 개념 폐지하되 치료사 개념으로 의사의 지휘·감독 하에 두는 방안, ③ 현 의료유사 개념을 그대로 유지시키는 방안 등 세 가지로 들고 있습니다.

침구를 둘러싼 제도개선 움직임은 그 후에도 여러 형태로 있어왔는데 큰 줄기는 법률체계 상으로 엄연히 존재하는 의료유사업자 문제를 (가칭)「대체의학(alternative medicine)에 관한 법률」을 별도로 제정하여 해소하는 방향으로 흐름이 형성되어 왔습니다.

2010년 헌법재판소가 4(합헌) 대 5(위헌) 의견으로 위헌결정을 위한 정족수에 이르지 못해 위헌결정이 내려지지 않았지만, 위헌 의견을 표명한 재판관이 다수이고 합헌의견 중 1인도 사실상 헌법불합치 내지 입법촉구결정에 버금가는 의견을 밝혔습니다. 이에 따라 침(침사의 업무)이나 뜸(구사의 업무)과 같은 유사의료행위를 포함하여 보완대체의학에 대한 새로운 입법이 필요하다는 주장이 활발하게 제기되었습니다.

그 일환으로 국회입법조사처가 발표한 2011 국정감사 정책자료에서는 ‘침·뜸 시술 자격제한 완화’에 관한 제도개선 방안을 내놓고 있는데, 구체적으로 자연요법, 침이나 뜸 등의 치유허기술을 제도권 내로 편입·활성화시킬 제도로 (가칭)「대체의학(alternative medicine)에 관한 법률」제정을 검토할 필요가 있다고 밝혔습니다.

2014. 6.에는 한국보건산업진흥원이 국무총리실 민관합동규제개선추진단에 『보건의료산업 시장분석 및 규제개선방안에 관한 연구』 제목의 최종 보고서를 제출하였는데, 보건의료산업 규제개선의 주요과제 하나로 ‘대체의학의 합법화’를 명시하고 이와 관련한 ‘대체의료서비스 국내 동향 및 개선방향’을 제시했습니다(증 제10호증 사단법인 허임기념사업회 침구사 양성을 통한 의료일원화 추진 정책제안 제11면 내지 제14면 참조).

이에 따르면 “일본, 중국, 미국, 독일 등은 침구, 안마, 점골, 카이로프랙틱 등과 같은 행위를 법제도와 실제 생활에서 인정하고 있고, 정통의학과 유사한 수준의 체계화된 교육과정과 면허제도를 갖추고 대체의료 관련 자격을 관리하고 있다.”고 전하고, 반면 국내에서는 대체의료서비스 행위 자체가 무면허 의료행위로 처벌받고 국가공인 자격제도 신설도 현행법 체계 하에서는 불가하여 대체의료서비스 활성화에 걸림돌로 작용하고 있음을 지적했습니다.

10) 무료 침뜸 봉사활동을 처벌하는 것이 부당하다는 점

국가는 국민의 자발적이고 선량한 활동이 생명이나 신체상에 위해를 미칠 가능성이 있다고 한다면 그와 관련된 분야에 소정의 교육을 받도록 하거나, 관련된 부분에 대하여 검증절차를 거치도록 할 수는 있을 것입니다. 침구에 관한 전통이 없었던 세계 여러 나라에서도 침구와 관련한 제도를 만들어 널리 활용해 나가고 있습니다. 침이나 뜸으로 생명과 건강에 도움을 줄 수 있는 능력을 갖추고 있는지에 대한 검증방법이 없는 것도 아닌데도 이를 시행하지 않고, 국민이 이러한 능력으로 가족과 이웃의 생명과 건강을 돌볼 수 있는 기회 자체를 봉쇄하는 것은 행복추구권을 부정하는 것일 뿐만 아니

라, 국민의 생명권과 건강권을 오히려 침해하는 것이라 할 것입니다.

헌법 전문에 명시된 바와 같이 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하도록 하기 위해서는 국민이 자발적으로 나서서 자신과 가족과 이웃의 생명과 건강을 위해 행하는 자원봉사활동을 처벌만 할 것이 아니라, 자원봉사활동을 잘 할 수 있도록 합당한 제도를 마련하는 것이 국가가 해야 할 일이라고 할 것입니다.

의료는 본래 인간이 생활하는 곳이면 발생하는 일상적 현상임에도 불구하고 의료행위를 모두 국가권력에 의하여 규제하고, 의료인이라는 신분을 위주로 무면허 의료행위를 규율하다 보니 행위와 수단의 차원에서 의료인이 완전히 배타적으로 독점해야 할 이유가 충분하지도 않은 상황에서 의료인이 아니라는 이유로 처벌되는 불합리가 있습니다.

모듬살이연대 건강나눔터 봉사에 참여하는 사람들은 대부분 65세 이상의 은퇴자들로써 전직 공무원, 기업체 임원, 교사 등 학력 수준이 상대적으로 높고 경제적으로도 안정된 생활을 하고 있는 사람들입니다. 은퇴 후 평생교육원에서 1년간 교육을 받고 자신의 건강을 돌보면서 가족과 이웃을 도와줄 수도 있다면 보람된 노후를 살 수 있겠다는 생각으로 봉사활동을 시작한 분들입니다. 이들은 직접 회비를 내고 점심식사는 각자의 경비로 해결합니다. 봉사가 끝난 후에는 청소까지 깨끗하게 한 후 ‘오늘 하루도 참 행복했다’고 말하며 집으로 돌아갑니다.

침뚝 시술을 받고자 모듬살이연대에 방문하는 사람들도 연세가 많은 분들로서 퇴행성질환, 성인병, 젊었을 때의 심한 노동으로 인한 근골격계

통증, 암 수술 후 건강관리 등 일상적인 통증으로 어려움을 겪는 사람들입니다. 신체적 고통을 조금이나마 덜고자 하는 분들입니다.

침뜸 봉사자들은 침뜸 기술을 받으면서 그 효능에 감탄하여 우선 본인의 건강을 지키고자 침뜸을 배우고, 자신과 같이 나이가 들어 일상적인 통증으로 고통을 받는 사람들을 돕고 싶다는 순수하고 선한 마음으로 봉사활동에 참여하였습니다. 이러한 사람들을 무면허 의료법위반으로 처벌하는 것이 과연 정당한지 심히 의문입니다.

11) 헌법 제9조의 취지에도 반한다는 점

헌법 제9조 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있습니다. 국가는 민족문화를 창달하여 면면히 이어온 민족의 전통문화를 국민 모두가 향유할 수 있도록 해야 합니다.

뜸은 불을 이용하면서부터 시작되었고, 침은 돌침이나 뼈침 등과 같은 도구를 이용할 때부터 유래된 선사시대 이래의 전통요법입니다. 여러 가지 형태의 열적 자극을 이용하는 자연요법을 뜸이라 하고, 각종의 물리적 자극을 이용하는 건강요법을 침이라 할 수 있습니다. 이러한 자연요법은 생태계의 모습처럼 자극의 정도와 형태와 방법에 따라 수많은 종으로 발전되어 민간 생활에 깊숙이 스며들어 민족의 전통문화로 형성되어 왔습니다.

그러나 이 사건 법률조항들은 민족의 생명과 건강을 지켜온 탁월한 전통문화인 침과 뜸을 계승·발전시키지 못하게 하고 있고, 이 법률조항들로 인하여 국가가 오히려 민족의 생명건강문화를 창달하지 못하도록 하는 잘못

된 결과를 초래하게 하고 있습니다.

침과 뜸 등이 주류를 이루는 전통민간요법들은 수천년간 우리 민족의 주된 의술로 전승되어 오면서 면허나 자격에 의한 제한 없이 널리 민간에 활용되어온 것들입니다. 그것들은 자연요법으로 방법이 단순하여 거의 위험성이 없는 반면 치료효과는 뛰어납니다. 그럼에도 불구하고 전통 민간의학의 수많은 장점과 치료효과는 외면한 채 극소한 위험성만을 크게 과장하여 무조건 전면 금지하고 처벌하는 것은 불필요한 과잉규제를 통하여 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하고 있는 것이라고 볼 수밖에 없습니다.

4. 결 론

생명은 생명을 낳고, 낳은 생명은 스스로를 지키며 건강하게 살고자 합니다. 인류는 험난한 환경 가운데 자연의 이치를 터득하여 이를 생명과 건강을 지키는데 적극 활용해 왔습니다. 침뜸은 이러한 과정에서 생겨난 ‘자연요법’이자 민족 구성원들 모두가 활용해온 ‘생활의술’입니다. 민족적 공동자산인 침뜸을 특정집단의 전유물로 하고 나머지 사람들이 이를 향유하는 것을 금지하고 처벌하는 것은 정당성이 없습니다.

여러 가지 침구요법 중에 구체적으로 어떤 행위가 의료행위로 처벌이 되는지에 대하여 명시하지 아니하고 민간에서 다양한 형태로 전수되어 온 모든 방식의 침뜸 시술을 일률적으로 처벌하는 것은 명확성의 원칙에 반합니다.

현행 의료법 제81조의 의료유사업자에 “침구사 자격시험에 합격한

자”를 포함시켜 침구 등을 행할 수 있도록 규정하고 있음에도 정부는 침구사 자격시험을 실시하지 않고 있습니다. 국가가 사람의 생명, 신체나 궁중위생에 대한 위해의 발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 이에 상응하는 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유·행복추구권을 침해하는 것으로, 위헌입니다.

위와 같은 이유로, 의료법 (2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것) 제27조 제1항 및 제87조 제1항 제2호는 명확성 원칙에 위반되고, 비의료인의 직업선택의 자유, 행복추구권 및 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하여 청구인들의 직업선택의 자유, 자기결정권, 행복추구권(일반적 행동자유권)을 침해하고, 헌법 제9조(전통문화의 계승·발전, 민족문화의 창달)를 위반한 위헌적 법률이므로, 이 사건 심판대상법률조항에 대하여 위헌 결정을 내려주시길 바랍니다.

증 거 자 료

1. 증 제1호증 무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰
1. 증 제2호증 제5장 전통 침구의술의 활성화 방안에 대한 연구
1. 증 제3호증 침사 혹은 구사 등의 자격증만 가지고 ‘침’ ‘뜸’ 혹은 ‘혈자리 자석’ 등을 종합시술하는 ‘대체의학’ 등을 통한 무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 ‘의료법’ 및 ‘보건범죄단속에관한특별조치법’ 등의 위헌 여부에 관한 연구
1. 증 제4호증 전통 침구의 단절과 침구사의 존립 양상 - 원로 침구사의 경험과 인식을 중심으로

1. 증 제5호증 민족의학 그리고 남북 전통의학 교류, 남북 민족의학 통합, 시
너지 대단할 것
1. 증 제6호증 무면허 의료행위 형사처벌의 타당성
1. 증 제7호증 ‘소수의 횡포’ 가능성에 대한 위헌심사- 현재 2010. 7. 29. 2008
헌가19 등(병합)과 관련하여》
1. 증 제8호증 입법과 경제적 효율성 - 침구사제도의 입법에 관한 비교제도
분석을 중심으로
1. 증 제9호증 외국 및 우리나라의 의료유사 운영실태조사
1. 증 제10호증 사단법인 허임기념사업회, 침구사 양성을 통한 의료일원화
추진 정책제안
1. 증 제11호증 스페인 침구사 인터뷰
1. 증 제12호증 한국인 침구사의 필리핀 내 직업 침구사로서 10년의 기록
1. 증 제12호증 오마이뉴스, 2019. 5. 3. ‘[민병래의 사수만보] 사람 살리는 데
면허가 전부는 아닙니다.’

첨 부 서 류

1. 위헌제청신청서
2. 위헌제청신청기각 결정문 및 동 결정의 송달증명서
3. 당해 사건의 판결문
4. 위임장

2019. 7. .

대리인

항법

담당변호사 이 재 화

하 인 준

귀 중