

## 헌법소원 심판청구서

청 구 인 문기웅 외 2,071명 (청구인 명단은 별지1,2,3 기재와 같음).

대리인 법무법인 현

담당변호사 김 승 대, 강 찬 우

서울 강남구 도산대로 139 제이타워 6층

### 청구취지

의료법 제27조 제1항, 제87조의2 제2항 본문과 제2호 중 제27조 제1항에 관한 부분은 각 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

### 침해된 기본권

헌법 제10조 행복추구권 및 이로부터 파생되는 건강권, 의료행위 선택권, 치료의 자유

헌법 제11조 제1항, 제2항 평등권

헌법 제15조 직업 선택의 자유

헌법 제36조 제3항 국민보건에 관한 국가의 보호 청구권

### 심판청구의 대상

의료법 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 보건복지부

령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

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

**의료법 제87조의2**(2019. 8. 27. 법률 제16555호로 신설되어 2019. 11. 27. 발효된 것)(벌칙)

① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

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

# 청구 이유

## < 목 차 >

I. 사건의 개요 .....	4
II. 적법요건의 구비 .....	5
1. 헌법소원 대상성 충족 .....	5
2. 권리침해 관련성의 구비 .....	5
가. 권리침해의 자기관련성 .....	5
나. 권리침해의 현재성 .....	6
다. 권리침해의 직접성 .....	6
3. 보충성 원칙의 충족 .....	7
4. 청구기간의 준수 .....	8
III. 본안에 관한 의견 .....	10
1. 세계 각국의 침구치료사 제도 .....	10
가. 독 일 .....	10
나. 스위스 .....	13
다. 미 국 .....	13
라. 영 국 .....	14
마. 일 본 .....	14
바. 프랑스와 퀘벡 .....	15
사. 중 국 .....	16
아. 세계 각국 침구사 제도로부터의 시사점 .....	17
2. 침구종주국(鍼灸宗主國)인 우리나라의 침구제도의 역사적 현실 .....	19
가. 세계 최초의 침구술 발원지 .....	19
나. 조선 초기의 침구의(鍼灸醫) 제도의 정립과 법제화 .....	19
다. 17세기 조선 침구학의 독보적 발전 .....	20
라. 일제강점기와 해방 및 군사정부의 침구사 제도 말살 탄압 .....	21
3. 헌법재판소의 선 결정례와 이에 대한 사정 변경 .....	23
가. 헌법재판소 선결정례의 요지 .....	23
나. 헌법재판소 결정 이후의 사정변경 .....	25
(1) 고령사회의 진입과 1차의료 침구술의 보급 필요성 절실화 .....	25
(2) 침구교육기관의 합법화와 침구전문인력의 대폭적 증가 .....	27
(3) 침구 세계화에 따른 우리 국민의 국제적 침구활동의 확대 .....	29

(4) 침구행위의 위법 여부에 관한 새로운 판례와 법집행 관련 법적 혼란 발생	30
(5) 최근 사회민주화의 진전과 군사정권 잔재청산 완결 당위성의 증대	32
<b>4. 심판대상 조항들의 기본권 침해 내용</b>	34
가. 의료행위 선택권과 치료의 자유의 침해	34
나. 직업선택의 자유의 침해	38
다. 평등권의 침해	42
라. 명확성 원칙의 위배	46
마. 적법절차 원칙의 위배	49
바. 국민보건과 고령자 보호에 대한 국가의무의 위배	51
<b>IV. 결 론</b>	54

## I. 사건의 개요

청구인 문기웅(별지1 기재 순번 93번)등 별지1 및 별지2 기재 1,077인은 적법한 침구학교육단체에서 제공하는 우리나라 고래의 전통의술로서의 침구술 교육을 이수하여 이를 습득하였거나 교육이수 중으로서 습득이 예정된 사람들(이하 ‘침구인’이라 한다)이고, 청구인 김다빈 등 별지3 기재 995인은 자신들의 건강을 관리하고 지병을 치료함에 있어서 경제성과 접근성이 용이하며 치료 효과가 우수한 침구시술에 관심을 가지고 이를 전문 침구인들로부터 합법적으로 시술받고자 하는 사람들로서, 이 사건 심판대상 조항들인 의료법 제27조 제1항과 제87조의2 제1항 제2호가 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 처벌하되, 일정한 정당한 사유가 있는 경우에는 예외를 설정하여 그 의료행위를 처벌할 수 없도록 규정하는바, 이 조항들이 적법한 침구학 교육단체에서 침구학을 교육받아 침구시술을 할 수 있는 지식과 기능을 가진 사람이 그 침구시술을 희망하는 국민들에게 침구시술을 할 수 있도록 하는 예외를 두지 아니한 것은 불완전·불충분·불공정한 차별적 입법으로서 부진정 입법부작위에 해당하고 이는 위 청구인 문기웅 등 위 청구인 1,077인의 직업선택의 자유와 평등권 등과 청구인 김다빈 등 위 청구인 995인의 의료행위 선택권, 건강권 및 행복추구권 등 기본권을 침해하므로 이 조항들에 대하여 2019. 12. 26. 그 위헌을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀습니다.

## II. 적법요건의 구비

### 1. 헌법소원 대상성 충족

이 사건 심판대상 조항들은 현재 시행되고 있는 현행의 법률이므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당합니다.

### 2. 권리침해 관련성의 구비

#### 가. 권리침해의 자기관련성

##### (1) 법 리

청구인은 공권력작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 합니다. 법령에 의한 기본권 침해의 경우 원칙적으로 동 법령의 규율을 받는 수규자(受規者)가 헌법소원을 제기할 수 있으나, 수규자가 아닌 제3자라고 하더라도 기본권 침해의 특별한 사정이 있으면 자기관련성이 인정됩니다. 법령에 의한 기본권 침해의 경우에 어떠한 경우에 제3자인 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 그 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단됩니다.

##### (2) 이 사건에의 적용

청구인 문기웅 등은 적법한 침구학 교육단체에서 제공하는 우리나라 고래의 전통의 술로서의 침구술 교육을 이수하여 이를 습득하고 적법한 침구시술을 희망하는 사람들로서 이 사건 법률조항들에 의하여 그 시술행위가 금지되고 처벌되므로 동 조항의 적용을 받고 있는 수규자에 해당합니다.

청구인 김다빈 등은 자신들의 건강을 관리하고 질병을 치료함에 있어서 경제성과 접근성이 용이하며 치료 효과가 우수한 침구시술에 관심을 가지고 이를 전문 침구사들로부터 합법적으로 시술받고자 하는 사람들로서 무면허 의료행위를 금지하고 처벌하는 이 사건 조항들에 대한 직접적인 수범자는 아니지만 이로 인하여 전문적 침구사들로부터 침구시술을 받을 방법이 차단되어 자신들의 건강권과 행복추구권 및 특히

국민으로서 당연히 누려야 할 기본권인 의료행위 선택권과 치료의 자유가 심각하게 침해되고 있으므로 기본권 침해의 특별한 사정이 있어서 자기관련성이 있습니다.

#### 나. 권리침해의 현재성

##### (1) 법 리

청구인은 공권력작용과 현재 관련이 있어야 합니다. 그러나 헌법재판소는 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측될 정도로 기본권 침해 상황이 성숙되어 있다면 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하고 있습니다(상황성숙론).

##### (2) 이 사건에의 적용

이 사건 법률조항들은 현재 시행 중인 규정들로서 청구인들은 이로 인하여 기본권이 침해되고 있는 상황에 있습니다. 따라서 권리침해의 현재성이 있습니다.

다만 현재 침툼교육을 이수중에 있는 별지1 기재 청구인명단 중 순번 1번 청구인 구본형으로부터 순번 92번 청구인 박기봉에 이르는 청구인 92명은 2019. 12. 28. 부터 2020. 6. 9.까지 사이에 침구교육을 이수하고 과정을 수료할 예정이므로 동 교육 수료일에 치료의 자유와 침구사 직업의 선택의 자유에 대한 기본권 침해가 발생할 것이라고 할 것이나, 이러한 기본권의 침해가 현재 시점에서도 확실히 예상되고 있으므로 이러한 상황성숙에 따라 현재성이 인정된다고 할 것입니다.

#### 다. 권리침해의 직접성

##### (1) 법 리

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 일반적으로 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받아야 합니다. 따라서 법률 또는 법률조항이 구체적인 집행행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성의 요건이 결여됩니다. 그러나 국민에게 일정한 행위의무 또는 행위

금지의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반할 경우 제재수단으로서 형벌 또는 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에, 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없습니다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위 의무 또는 행위금지의무를 직접 부담하는 것이기 때문입니다. 설령 형벌의 부과를 구체적인 집행행위라고 보더라도, 이러한 법규범을 다투기 위하여 국민이 이 법규범을 실제로 위반하여 재판을 통한 형벌이나 벌금부과를 받게 되는 위험을 감수할 것을 국민에게 요구할 수 없기 때문입니다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194; 1996. 2. 29. 94헌마213 등)

## (2) 이 사건에의 적용

이 사건 심판대상인 조항들은 청구인인 침구사들의 침구시술행위를 금지·처벌함을 정하고 있고 이러한 시술을 받는 행위 또한 금지하는 내용을 가지는 것으로서 동 조항에 의거한 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 그대로 수범자에게 법적 효과를 가지는 것이므로 더 나아가 판단할 필요 없이 기본권 침해의 직접성이 인정됩니다.

## 3. 보충성 원칙의 충족

### (1) 법 리

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 “(헌법소원심판은)다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없습니다”고 하여 헌법소원의 보충성을 밝히고 있습니다. 헌법소원은 그 본질상 헌법상 보장된 기본권 침해에 대한 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단이므로 공권력작용으로 말미암아 기본권의 침해가 있는 경우에는 먼저 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 수단을 다하였음에도 불구하고 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 청구할 수 있습니다.

그러나 다른 법률에 의한 구제절차가 마땅히 존재하지 아니하는 경우에는 바로 헌법소원 심판을 청구할 수 있습니다. 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을

제기할 수 없어서, 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있습니다.

## (2) 이 사건에의 적용

이 사건의 심판대상은 의료법의 법률조항들로서 이러한 법률 자체를 대상으로 일반 법원에 소송을 제기할 수 없어서 구제절차가 존재하는 경우가 아니므로 보충성의 요건을 이미 충족하고 있습니다.

## 4. 청구기간의 준수

### (1) 법 리

(가) 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 부진정입법부작위에 대하여 다룰 경우에는 불완전한 법규 자체를 대상으로 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하고, 이때에는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정하고 있는 청구기간의 적용을 받습니다.(헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164 등).

(나) 또한 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 합니다(헌재 2014. 1. 28. 2013헌마105, 2015. 4. 30. 2012헌마38).

### (2) 이 사건에의 적용

(가) 이 사건 심판대상 조항 중 의료법 제87조의2 제2항은 2019. 8. 27. 신설되어 2019. 11. 27.부터 발효되었는바, 같은 해 12월에 청구하는 이 사건 심판청구가 헌법재판소법 제69조에 의한 심판청구기간을 준수하였음은 역수상 명백합니다.

이에 따라 별칙조항인 동 조항의 내용의 일부로서 처벌의 구성요건으로 되어있는 의료법 제27조 제1항도 이 사건 심판청구의 대상이 되고 있으므로 이 조항 부분에 대한 청구기간도 준수되었습니다. 따라서 모든 청구인들은 이 사건 의료법 심판대상 조항들에 대하여 헌법소원 심판의 청구기간을 모두 준수하였습니다.

(나) 또한 다음의 측면에서도 청구인들의 청구기간은 준수되었습니다.

(i) 별지1 기재 청구인명단 중 순번 93번 청구인 문기웅으로부터 순번 299번 청구인 최기운에 이르는 207인의 청구인들은 2019. 8. 28.로부터 2019. 12. 22. 까지 사이에 정통침뜸평생교육원 등 침구교육기관에서 침구교육을 받고 그 과정을 수료하여 침구인으로서 활동할 능력과 자질을 갖추게 되었는바, 이때부터 침구활동을 하고자 하는 위 청구인들은 비로소 이 사건 조항들의 적용을 받게 되어 자신들의 치료의 자유와 침구사로서의 직업선택의 자유를 침해당하였으므로 이 청구인들이 위 청구기간을 준수하였음은 역수상 명백합니다.

(ii) 또한 별지1 기재 청구인명단 중 순번 1번 청구인 구본형으로부터 순번 92번 청구인 박기봉에 이르는 청구인 92인은 현재 침구교육기관으로부터 교육을 받고 있는 상황에 있으며, 앞서 본 바와 같이 기본권 침해가 현재 확실히 예측되는 상황성숙에 따라 현재성이 예외적으로 인정된다고 할 것이므로 기본권 침해로 인한 청구기간의 기산점 자체가 도래하지 아니하였으므로 당초부터 청구기간 도과의 문제가 없습니다.

(iii) 나아가 별지3 기재 청구인들인 명단 순번 1번 청구인 김다빈으로부터 명단 순번 995번 청구인 이형심에 이르는 청구인 995인은 2019. 10. 이후 자신의 지병과 통증을 관리·치료하기 위해서 침구술을 활용하고자 하나 이 사건 조항들로 인하여 침구 전문가에 의한 이러한 시술을 받지 못하여 자신들이 원하는 의료행위를 선택할 기본권을 침해당하게 되었다는 것이므로 이 청구인들이 위 청구기간을 준수하였음도 역수상 명백합니다.

따라서 이 사건 헌법소원 심판청구의 청구인들은 모두 청구기간을 준수하였습니다.

### Ⅲ. 본안에 관한 의견

#### 1. 세계 각국의 침구치료사 제도

##### 가. 독 일

(1) 독일에서는 치료사(Heilpraktiker)업을 제도적으로 인정하고 있는데, 치료사는 의사가 아니면서 의료술을 직업적으로 행하는 사람을 말합니다. 독일에서 침구사는 이러한 치료사의 한 형태로 수용되어 있습니다. 치료사로서 의료행위를 하기 위해서는 국가의 허가를 받아야 하고, 치료사는 자신의 치료행위에 대하여 고유한 책임을 부담하고 소득세법상의 자유업으로서 과세의 대상이 됩니다.

(2) 중세 이래 전통적으로 독일에서는 의사와 약사 이외에 경험에 의한 민간적 제조와 치료를 시행하는 치료사가 인정되어 활동해 왔습니다. 1869년에 북독일연방의 법으로 상공조례(Gewerbeordnung)가 제정된 이래<sup>1)</sup> 독일 시민에게는 광범위한 치료의 자유(Kurierfreiheit)가 인정되어 치료행위는 모든 사람들이 허가없이 행사할 수 있는 권리로 인식되었습니다. 치료의 자유는 한편으로는 각 개인에게 ‘자신의 치료행위자를 선택할 자유를 보장한다’는 것과 다른 한편으로는 ‘의사 아닌 자에 의한 치료행위를 방해(verhindern)할 수 없다’는 것을 원칙적 내용으로 하였습니다.<sup>2)</sup>

20세기에 들어와서는 치료사들은 독일 각지에서 많은 치료사단체를 형성하였는데 1928년에는 전체를 결합하는 독일치료사협회를 결성하기까지 했지만 정치적 영향력은 크게 기르지 못한 채 히틀러의 나치 시대에 들어가게 되었습니다.

(3) 나치 독일은 전통적인 치료권을 인정받아온 치료사들을 조직적으로 탄압하고 말살하기 위한 정책을 펴기 시작했습니다. 1934년 나치정권은 나치당원인 에른스트 케스(Ernst Kees)를 독일치료사협회의 수장으로 임명한 다음 치료사협회에서 새로운

---

1) 북독일연방의 상공조례는 이후 1871년 성립한 독일제국의 법규범으로 승계되어 전체 독일 국민에게 발효되었다.

2) Michael Quaas/Rüdiger Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München, 2008, S. 747.

나치국가건설과 국민건강에 부합하지 않는 모든 요소를 배제하여야 한다는 명목을 내걸고 압박을 시작하였고, 1938년에 이르러 독일 의사회장인 게르하르트 바그너(Gerhard Wagner)가 그동안 치료사에게 인정되던 치료의 자유(Kurierfreiheit)와 독일의 나치주의는 서로 부합할 수 없다는 원칙을 세워서 치료사법 제정작업을 시작했습니다.

(4) 이에 따라 1939년 나치와 의사협회 지도부는 상호 비밀약정에 의하여 ‘한시법’으로서 치료사법(Heilpraktikergesetz)을 제정하였는데, 이는 의사 아닌 치료사에 의한 시술은 한정된 예외적 상황에서 허가를 받아야만 행할 수 있도록 하였으며, 무엇이 예외적 상황에 해당할 것인지는 나치당국이 결정하는 것으로 규정하였습니다. 한시법(Aussterbe-gesetz)이므로 일정 기간이 지나면 이 제도를 폐지한다는 것이며, 아울러 이러한 치료술을 가르칠 목적으로 교육기관을 설립하는 것을 금지하였습니다. 치료사 허가를 받기 위한 신청기간은 단기간으로 설정되고 독일인이 아니거나 독일혈통이 아닌 자는 허가를 받을 수 없도록 규정하였습니다. 1943년에 이르러서는 법시행령의 개정으로 모든 치료사학교를 폐지하고 모든 형태의 치료사 교육을 금지시켰습니다.

(5) 이처럼 독일 전통의 치료사 제도를 조직적으로 박해한 나치체제는 제2차 세계대전을 일으키고 수많은 만행을 저지르며 독일을 철저히 파멸로 이끈 다음 패전으로 붕괴되었습니다. 독일 분단 이후 동독에서는 새로 들어선 공산주의 정권이 치료사법을 강압적으로 폐지시키고 기존의 치료사는 의사면허규정(Approbationsordnung für Ärzte)의 적용을 받도록 하였습니다. 이에 따라 치료사 면허의 새로운 취득은 불가능하여졌고 다만 패전 이전부터 면허를 소지하였던 기존의 치료사들만 직업을 유지·행사할 수 있게 되었습니다. 그리하여 동독에서 치료사의 직업은 계속 사멸과정을 밟았으며 1989년 베를린장벽이 무너질 당시 오직 11명의 치료사만 남게 되었습니다. 통일 이후 동독은 서독의 법질서에 통합되었으므로 서독의 치료사법 질서에 편입되었고, 동독 체제하에서 억압받아 소멸의 길을 걸었던 직업으로서의 치료사업은 부활하였습니다.

(6) 서독에서는 1947년 5월 각 지역치료사협회의 공동체로서 독일치료사회가 뮌헨에 본부를 두고 결성되었고 현재의 독일치료사전문협회로 발전하였습니다. 나치체제를 벗어난 서독의 자유민주주의 체제 하에서 무엇보다 크게 달라진 점은, 1952년에 이르러 서독은 독일에서 전통적으로 인정되었던 치료사의 치료의 자유에 대한 나치시대의 법적 제한은 이제 독일연방공화국의 기본법에 위반된다고 하여 위헌으로 폐지한 점에 있습니다. 치료사법과 허가제도는 그대로 존속되었지만 그 의미해석은 나치 시대와 크게 달라져서 원칙적 자유와 예외적 허가의 이념 하에 새롭게 운용되었습니다. 이에 따라 연방헌법재판소는 다음과 같은 취지의 판결을 한 바 있습니다.

*“의사 아닌 치료행위자의 허가강제를 통하여 국민건강을 지키고자 하는 입법목적은 … 기본법에 반하지 않는다. 국민건강의 문제는 중대한 공익이 걸린 문제로서 해당 직업의 허가제는 비례의 원칙을 위반하는 것이 아니다. 특히 치료사 계층 자체의 제거를 기도하였던 이 법률의 원래 기능은 기본법이 발효된 이후 수십년간 법실무상으로 치료사법 제2조 제1항(치료사 허가조항)을 규제적 예외조항으로부터 청구권적 규범으로 변형시킨 것에 의하여 본질적으로 변경되었다. 환자를 부적절한 치료행위에 빠지지 않도록 하고자 하는 허가강제의 목적은 이전과 마찬가지로 여전히 정당하며 입법자의 입법의사를 반영하는 의미를 가진다. 그러므로 동 조항이 계속 효력을 유지하는 것은 기본법에 반하지 않는다.”<sup>3)</sup>*

요컨대 연방헌법재판소는 나치시대에 제정된 치료사법이 치료사 제도를 말살하고 치료사 계층을 제거하고자 하였던 것은 위헌이지만, 기본법 발효 이후 이 치료사 허가조항을 국민건강을 유지하는 범위 내에서 치료사들의 직업과 치료의 자유의 적절한 실현을 위한 청구권적 규범으로 본질을 바꾸어 운용하게 되었으므로 합헌이라고 판단한 것입니다.

이러한 개선된 입법과 판례로 인하여 독일에서는 치료사 직업별 전문별 단체가 폭 넓게 결성되었고, 치료사의 숫자도 증가하였습니다. 2015년 독일에서는 4만3천명(남 8천명, 여 3만5천명)의 치료사가 활동하고 있으며 그 중 2만7천명(남 3천명, 여 2만4천명)이 파트타임으로 일하고 있습니다.

---

3) Beschluss vom 10. Mai 1988, 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85, BVerGE 78, 179, 192f.

## 나. 스위스

스위스에는 독일과 같이 자연치료사(Naturheilpraktiker)라는 직업군이 합법적으로 인정되고 있습니다. 자연치료사에게 인정되는 네가지 분야 중에는 중국전통의학(TCM) 분야가 있고 이에 따라 침구술이 자연치료사의 의료행위 분야에 포함되고 있습니다. 스위스에서 침구술은 대체의학 중에서 가장 빈번하게 활용되고 있는 의술입니다. 대체의학 법제에서 스위스의 두드러진 특징은 아예 헌법에 “연방과 각 주는 그 관할 범위 내에서 대체의학을 배려하는 법적 규율을 행한다.”는 조항을 두어서 헌법이 비의사 대체의학에 대한 자격의 창설을 직접 요구하고 있다는 데에 있습니다.<sup>4)</sup> 즉 스위스에서 침구술을 비롯한 비의사 ‘대체의학’은 헌법에 의하여 ‘제도적 보장’을 받고 있는 것이며, 침구사 등 자연치료사 제도 자체를 폐지하는 것은 헌법위반에 해당함이 명문으로 도출되는 것입니다. 자연치료사에 대한 자격시험은 스위스 대체의학업단체(Organisation der Arbeitswelt Alternativmedizin Schweiz)가 주관합니다.

## 다. 미 국

미국에서는 침구술을 포함한 각종 보완대체의학(complementary and alternative medicine)이 이민자를 중심으로 광범위하고 활용되어 왔습니다. 이에 대한 미국법의 태도는 기본적으로 그 활동의 자유를 인정하였으며 행정적 규제는 주의 관할 사항로서 각주마다 규율의 내용이 조금씩 다른 다양성이 나타납니다. 다만 공익위생적으로 중요성을 가진 ‘사용될 수 있는 침(needle)’에 관해서는 연방법인 식품의약품관리법(FDA)에 의하여 규율됩니다. 침구술의 경우 1970년도에 캘리포니아에서 면허제도가 도입된 것을 필두로 와이오밍과 아이다호의 2개주를 제외한 모든 주들에서 면허가 인정되어 있으며,<sup>5)</sup> 1만4천명 이상의 침구술사가 면허를 받고 활동합니다. 여기에 더하여 약 3천명의 의사들이 침구술을 공부하여 자신들의 의료행위에 활용하고 있습니다.<sup>6)</sup> 침구술·동양의학 공인위원회(Accredited Commission for Acupuncture and Oriental Medicine) 등 여러 민간 교육기관과 협의체가 주정부의 인가를 받고 결성되어 침구학의 학습·보급과 발전에 기여하고 있습니다. 조사에 의하면 미국 인구의

4) 스위스 연방헌법 Art. 118a (Komplementärmedizin) : Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Berücksichtigung der Komplementärmedizin.

5) Chan K Lee H, The Way Forward for Chinese medicine, CRC Press, 2001, p. 349.

6) WHO Global Atlas of traditional complementary and alternative medicine, World Health Organisation, 2005, p. 65.

43%가 정기적으로 대체의술을 이용하고 있다고 하며<sup>7)</sup> 소득수준이 높은 계층에서 오히려 많은 활용도를 보인다고 합니다. 미국에서 침구술은 특히 목·척추 디스크, 관절염 등에 효능이 있는 것으로 알려져 널리 활용되고 있습니다.<sup>8)</sup>

## 라. 영 국

영국에서는 침구사에 대한 법률상 규제가 존재하지 않으며 다만 침구사 영업을 하려면 지방자치단체에 신고하도록 하는 행정적 관리만 하고 있습니다. 침구사들은 영국침구위원회(British Acupuncture Council)와 같은 전국 단위의 침구사연합체에 등록하여 동 연합체의 자율적 규제를 받으면서 자유롭게 영업하고 있습니다. 이러한 등록 침구사의 시술에 대해서는 일반적으로 매우 안전한 것으로 인정받고 있습니다. 결국 영국 국민들은 침구시술을 별도로 배운 의사에게 가거나 침구사자율단체에 등록한 전문 침구사에게 가서 침구술을 시술받을 수 있는 선택권을 가집니다.

영국침구연합체는 침구사들의 순수 자치단체이나, 의회의 통제를 받는 전문직기준청(Professional Standards Authority)에 회비를 내고 감독을 받습니다. 전문직기준청은 국민건강개혁법에 의하여 설립된 기구이며, 침구위원회를 비롯한 산하 전문직 단체들이 그 회원 적격을 판단한 결정에 대하여 심사할 권한을 가집니다. 이처럼 영국에서는 민간자율의 대체의학직업군으로 침구사를 인정하고 있으며 국민건강 보호 차원의 관리는 침구사들이 조직한 자율적 단체에 대한 감독의 형태로 간접적으로 이행하고 있습니다.

## 마. 일 본

중국과 한국으로부터 전래한 침구술을 습득한 일본은 ① 침관(鍼管)이라는 도구를 발전시켜서 경미한 자극을 주는 방법을 진화시키고 ② 맹인 침구사들은 침구점을 ‘눈으로 보는’ 것이 아니라 ‘느낌으로 찾는’ 시술법을 발전시키는 등 일본의 침구술은 동양 침구술 내에서도 고유한 특성을 가진 것으로 말해집니다. 명치유신 이후에도 침구술은 민간에서 널리 활용되어 근대화된 법제에서 영업면허에 의하여 운영되었고 관계(官界)에서도 지지자가 많았으며 대학에서는 과학적 연구의 대상이 되기도 하였습니다. 일본제국의 말기인 1944년에는 침구의사법(鍼灸醫師法)이 제정되어 침구사를 정

---

7) Ibid, p. 66.

8) Ibid, p. 67.

규격 의료제도권의 한 분야로 포섭하기에 이르렀습니다.

1945년 일본이 태평양전쟁에서 패전한 후 일본을 점령한 연합군사령부(GHQ)의 위생부에서는 ‘의사업 이외의 치료행위를 전면 금지’하는 권고안을 발한 바 있었습니다. 그러나 미군점령당국의 전면금지안은 고유 침구술에 대한 자부심이 강했던 일본 내의 반발로 법률로 관철되지 못했습니다.<sup>9)</sup> 결국 1947년 12월 ‘안마·침구·유도정복등 영업법(按摩·鍼灸·柔道整復等 營業法)’이 성립하여 명치(明治)정부 이래의 영업면허(營業免許) 제도를 폐지하고 대신 국가자격의 신분면허(身分免許) 제도로 전환하는 것으로 하였습니다. 일본은 이러한 침구사 자격면허제도를 현재까지 시행하여 침구사 제도를 합법적 의료제도 내로 포섭하고 있는 것입니다.

침구에 관한 고등교육제도에 관해서는 1978년 침구를 전공하는 최초의 3년제 대학(明治鍼灸短期大學)을 설치한 이래, 1983년 이를 4년제 정규대학(明治鍼灸大學)으로 승격시키고, 1991년 침구관련 대학원 석사과정, 1994년 침구관련 대학원 박사과정을 설치한 바 있습니다.

1998년에는 규제완화의 차원에서 침구 국가시험 응시를 위한 3년의 교육을 이수할 수 있는 침구양성기관(鍼灸養成機關)의 신규 허가기준을 대폭 완화하여 그 신설이 증가하였고 이에 따라 일본에서는 근래에 침구사의 수는 더욱 증가하는 상태에 있습니다.

#### **바. 프랑스와 퀘벡**

프랑스에서 침구학은 7개 대학에서 강의되고,<sup>10)</sup> 이수자에게는 2007년 이후 도입된 침구자격이 부여됩니다. 일반적으로 의사 또는 조산사의 자격을 가진 사람이 침구 자격을 얻을 수 있지만, 예외적으로 소수의 침구연구자와 교육자도 침구치료가 가능합니다. 이와 함께 몽펠리에(Montpellier) 의과대학의 중의학 강의에는 침구학이 포함되는데, 이 교육의 특징은 의사 이외에 의사 아닌 일반인이 수강하여 교육받음으로써 이수 자격(diplômes universitaires de médecine chinoise)을 취득할 수 있다는 데에 있습니다. 그 외에도 프랑스의 몇몇 중의사 양성학교에서는 북경, 상해, 천진 등에 소재하는 중국대학들과 협력관계를 맺어서 의사는 물론 의사 아닌 사람들도 수강하여

9) 조병희 외 6인, 대체의학과 침뜸의 현황과 과제, 서울대학교 보건대학원, 2003. 3. 50면.

10) Aix-Marseille 2, Montpellier 1, Nantes, Paris XIII, Bordeaux 2, Lyon 1, Strasbourg I.

이수 자격을 얻을 수 있는 침구교육을 시행하고 있습니다. 이러한 침술교육 학교를 졸업한 사람은 프랑스 국립통계연구소(L'Insee<sup>11)</sup>)의 규범이 인정하는 개인기업 또는 자유업으로 활동할 수 있게 됩니다.<sup>12)</sup>

캐나다에 속하지만 프랑스의 언어와 문화 및 법제도를 따르는 퀘벡(Québec)주는 프랑스의 경우보다 더 나아가서 직접 침구사 자격을 국가제도로 인정하고 있습니다. 퀘벡주는 수도 토론토가 있는 온타리오 등 영국계 캐나다 주들과 같이 침구사 자격제도를 가지며 퀘벡 주 정부가 재정지원하는 로즈몽대학(Collège de Rosemont)에서 침구술 교육과정을 열고 있으며 이 과정은 의사 뿐만 아니라 비의사인 일반인도 이수할 수 있도록 하고 있습니다.

## 사. 중 국

중국은 고래부터 침구술이 발전하고 국민들에 의하여 널리 이용된 국가입니다. 그러나 근대 이후 서양의학이 전래되자 쇠퇴하다가 중국공산당의 내전 승리 이후 모택동에 의하여 침구술을 ‘도교(道教)에 기초한 것으로서 마르크스(Marx)주의에 반한다’는 이유로 금지당하기까지 하였습니다. 그러나 당시 중국의 극심한 의사 부족 때문에 결국 다시 복권, 허용되고 나중에는 ‘애국적 의술’로 평가, 장려되었습니다. 이처럼 중국에서 침구술은 공산주의화된 이후에도 거대하고 복잡한 중국 저변사회의 의료적 수요에 대응하기 위하여 불가결한 독자적 전통의학으로 생존한 것입니다.

이러한 상황은 중국의 의료 제도에도 그대로 반영되어 있습니다. 중국의 의료제도는 상 의사는 서양의(西洋医)에 해당하는 임상 의사와 치과 의사 및 공공 위생 의사 외에 중국 전통의 중의사(中醫師)로 분류되고 중의사에는 중서결합 의사 및 몽고의, 위구르의, 티베트의 등 민족의(民族医)가 포함됩니다. 침구술은 그 중 중의사의 정규 면허를 가진 자가 시행할 수 있는 것으로 기본적으로 분류되어 있습니다.

그렇지만 실제 중국의 의료 사정은 이와 같은 원칙적 양상보다 훨씬 복잡하고 현실적입니다. 의과대학을 나와서 정규교육과 수련을 받은 의사 이외에도, 단기과정인 전문대를 졸업한 보조 의사에 해당하는 조리의사(助理醫師)가 존재합니다. 조리의사는 주로 농촌에서 많이 근무하는데 이를 향촌 의사(鄉村醫師)라고 하며 그 수는 백만명을

11) L'Institut national de la statistique et des études économiques, 줄여서 L'Insee로 통칭함.

12) 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, 22面.

상회할 것으로 추정되고 있습니다. 이들은 정규의사면허가 없는 상태이나 중국의 시골에서 침구시술을 비롯한 의료활동을 하고 있으며 가난한 인민들을 구제하는 공로가 크고 국가가 이를 행정적으로 통제할 여력도 없으므로 개인활동에 의한 의료활동을 하는 것이 허용되고 있습니다.

또한 이와 같이 다양한 의사 제도와는 별도로 근래에 들어서는 보건침구사라는 직업을 양성하여 국민보건과 질병예방에까지 적극 활용하고 있습니다. 즉 침구술 만의 합법적인 의료적 지위가 인정되고 있는 것입니다. 침구는 아픈 곳을 직접적으로 물리적으로 다룰 뿐이므로 약물과 같은 부작용이 없으므로 여전히 중국사회에서 1차적 진료로서 큰 인기를 가지고 보편화되어 있습니다.

#### 아. 세계 각국 침구사 제도로부터의 시사점

이상 살펴본 선진 제국과 침구술의 전통을 이어온 중국 등의 세계의 침구사 제도를 살펴본 결과 다음의 점을 확인할 수 있습니다.

(1) 침구술과 침구사 제도는 한국과 중국에서 유래하고 일본에 전파된 동양의술로서 의학계의 서세동점 현상에도 불구하고 여러 증세에 탁월한 효과를 인정받아 동서양이 공유하는 치료술로 보급 발전되어 ‘세계보편의 독자적 치료사 제도’로 인정되고 있다는 점입니다. 이는 동양에서 유래한 의술이라고 하는 점에서 공통점이 있는 한약처방을 위주로 한 한방의술이 중국을 넘어선 서양 또는 세계보편의 의료로는 널리 제도화되지 못하고 있는 점과 확연히 차이가 나는 점입니다.

(2) 나아가 각국이 침구술을 제도적으로 수용하는 방법으로서는, ① 영국과 미국의 많은 주들의 경우와 같이 침구치료의 자유를 널리 인정하고 직접적 행정규제 없이 간접적 위생관리만 행하는 자율적 개방 방식, ② 독일과 일본, 스위스와 미국의 캘리포니아주 등의 경우와 같이 침구사 자격제도를 두어 이를 통하여 규율된 침구서비스를 국민들이 받을 수 있도록 하는 침구사 자격제도 방식, ③ 프랑스의 경우와 같이 원칙적으로 일반 의사에게 침구의 전문의가 되도록 하나 예외적으로 동양의학 교육기관을 졸업한 침구사에게는 독자적 침구업을 할 수 있게 하는 예외적 허용 방식, ④ 중국의 경우와 같이 원칙적으로 중의사에게 침구의 전문의가 되도록 하지만, 시골지역 등을

중심으로 활동하는 의과대학 교육을 받지 못한 비정규의사인 향촌의사의 시술을 허용하는 사실상 허용 방식으로 분류될 수 있습니다.

여기서 종합적으로 파악되는 것은 고래의 침구술 전통을 이어온 중국과 일본뿐만 아니라 미국과 영국 등 앵글로색슨계 국가 및 나아가 독일과 스위스 등 대부분의 선진국가에서 의사가 아닌 침구사를 법적 규율이 없는 자유직업인으로서 또는 법적 규율에 의한 자격인으로서 인정하거나, 예외적 또는 사실상 치료전문가로서 그 활동을 적법하게 허용하고 있다는 점입니다.

(3) 역사적으로 볼 때 동서양을 막론하고 정규의사와는 분리된 독자적 침구사 제도를 금지하고 탄압하는 사례가 없지 않았습니다. 그 대표적인 경우가 나치독일과 동독 공산당이 침구사를 포함한 전통적 치료요법을 행하는 치료사 제도가 나치즘 또는 공산주의에 반한다는 이유로 이를 금지 탄압하였던 사례입니다. 또한 일본에서도 태평양전쟁 패전 이후 미군당국이 침구사 제도를 폐지하고자 하는 명령을 내린 바 있었습니다. 중국에서도 국공내전에서 공산당이 승리하여 본토를 장악한 후 모택동은 침구술이 중국 전통의 의료술임에도 불구하고 공산주의 이념에 반한다는 이유로 이를 금지한 바 있었습니다. 그러나 독일은 나치독일과 동독 공산당의 붕괴에 의하여 침구사를 비롯한 치료사 제도는 부활하여 전독일에 시행되고 있고, 일본에서도 일본국민들의 반대로 침구사 제도가 폐지를 면하였으며, 중국에서는 아무리 공산당이 이념을 강조하여도 부족한 의료 서비스로 고통받는 가난한 인민들이 침구술을 계속 이용함으로써 향촌의사로 대표되는 침구사의 역할은 사실상 허용되어 오고 있습니다.

이러한 역사적 경험에 비추어 볼 때 기존하던 침구사 제도의 폐지는 전체주의 세력 내지 군부세력이 국가사회를 획일화하여 장악하기 위한 한 방편으로 주로 활용되어 왔음을 알 수 있습니다. 그러나 선진제국 또는 중국의 역사에서 이러한 시도들은 효능있고 저렴한 의료서비스를 선택할 자유를 누리기를 원하는 국민들에 의하여 거부되고 저항을 받았으며 종국적으로는 모두 실패하였음을 알 수 있습니다. 이러한 역사적 경험은 우리나라에게도 시사하는 바가 크다고 할 것입니다.

## 2. 침구종주국(鍼灸宗主國)인 우리나라의 침구제도의 역사적 현실

### 가. 세계 최초의 침구술 발원지

역사적으로 볼 때 우리나라는 침구술을 창시하고 발전시킨 세계 침구술의 종주국입니다. 우리나라가 중국보다 침구술을 앞서 사용했다는 것은 문헌을 통하여 알 수 있는데 대표적인 것은 고대 중국에서 나온 동양의학의 경전인 ‘황제내경(黃帝內經)’입니다.<sup>13)</sup> 이 책에서 침의 기원을 다음과 같이 기록하고 있습니다.

“동쪽 지역은 천지가 시작되는 곳으로서 생선과 소금이 생산되는 지역이며 바다를 끼고 있다. 그곳 사람들은 물고기를 주로 먹고 짠 것을 좋아하는데, … 소금은 혈을 손상시킨다. 그러므로 … 그들에게 발생하는 병은 대부분 옹양(癰瘍)인데, 그것을 치료할 때는 의례껏 펌석(砭石)을 사용했다. 그러므로 펌석은 동방에서 전래되었다.”<sup>14)</sup>

펌석은 돌침으로서 선사시대 이래의 외과용 치료도구이며 철기시대 이후 쇠침의 원형입니다. 이처럼 우리 민족의 침구술은 원래 중국보다 더 앞선 것이었으나, 문자로 이를 체계화하지 못한 상태에서 중국으로 침구술이 전출되고 그곳에서 문헌으로 정리되었던 것입니다. 중국의 침구 서적은 고구려 평원왕(平原王) 원년인 564년 일본으로 최초로 전파된 것으로 알려져 있습니다. 이렇게 우리나라에서 발원한 침구술은 처음에는 중국에, 다시 우리나라를 거쳐 일본으로 전파되는 등 여러 경로를 통해 교류가 이루어지면서 동아시아 지역의 질병을 치료하는 핵심적인 전통의술로 백성들의 생활 깊숙이 자리 잡았습니다.<sup>15)</sup>

### 나. 조선 초기의 침구의(鍼灸醫) 제도의 정립과 법제화

우리나라에서는 이미 조선 초기 때부터 한방의와 완전히 구분된 침구의가 전문업종으로서 제도적으로 자리잡았습니다. 세종실록에 의하면, 1433년(세종15년) 6월1일 중추원사로서 전의제조(典醫提調)를 맡고 있던 황자후(黃子厚)가 세종대왕에게 ‘침구(針灸)를 전문으로 하는 업종’을 창설할 것을 건의했습니다.<sup>16)</sup> 이를 받아들인 세종은 5년

13) 황제내경은 중국의 가장 오래된 의학서로서 진한(秦漢)시대에 편찬된 것으로 알려져 있다.

14) 東方地域，天地之所始生也。魚鹽之地，海濱傍水。其民食魚而嗜鹹，… 鹽者勝血，故其民皆黑色踈理，其病皆爲癰瘍，其治宜砭石。故砭石者，亦從東方來。

15) 손중양, 허임 침구의 역사적 의미와 현대적 계승, 사단법인 허임기념사업회, 2014, 3-7면.

16) "병을 속히 고치는 데는 침과 뜸만한 것이 없습니다. 의원으로서 침놓고 뜸뜨는 구멍을 밝게 알면,

뒤 1438년(세종20년) 3월 16일에는 매년 침구전문생을 3인씩 채용하여 삼의사(三醫司)인 내의원과 전의감과 혜민국에 1명씩 배치하도록 했습니다. 침구술은 세종대왕에 의하여 조선의 제도권 내에서 처음으로 침구전문업종으로 독립 분과된 것입니다.

1474년 한계희(1423년~1482년)라는 학자는 중국 침구서인 『신응경(神應經)』의 간행 서문에서 “**침뜸 처방은 돈을 들여가며 멀리서 구하는 수고를 안 해도 되며, … 준비하기 쉽고 휴대하기도 편하며, 빈부귀천이나 병의 완급에 관계없이 적합지 않을 때가 없고, 하물며 효과에 있어서도 약으로는 기대할 수 없는 바가 있다**”라고 기술하였는바, 약제 중심의 한 방과는 차별되는 침구의 특성 즉 경제성과 간편성 및 치료효과의 탁월성 등 장점을 잘 인식하고 있었음을 알 수 있습니다. 바로 이러한 이유로 한약방 있는 곳을 찾아가 값비싼 한약을 조제하여 장기간 복용하는 한방치료와 별도로 침뜸은 일반 백성들에게는 물론 왕실이나 관료들에게도 꼭 필요한 치료수단이었던 것입니다.<sup>17)</sup>

1485년 마침내 약 1세기에 걸쳐 완성한 조선 최고의 법전 『경국대전(經國大典)』의 의과취재(醫科取才, 의과시험)에 침구분야와 약제분야의 취재를 분리한다고 기록하고, 침구를 분리·독립할 것을 법으로 규정하여 시행하기에 이르렀습니다. 이에 따라 『경국대전』에 의과 시험에서 침구의 취재를 위한 별도의 과목이 선정되었습니다.<sup>18)</sup>

#### 다. 17세기 조선 침구학의 독보적 발전

임진왜란과 병자호란의 거듭된 전란을 겪으면서 각종 창상(創傷)이나 종양(腫瘍) 등 외과영역 질환의 치료 수요가 급격히 증가하자 이에 대한 대처의 많은 부분은 침구영역 즉 침의의 몫이 되었습니다.<sup>19)</sup> 이 시기에 많은 뛰어난 침의가 나타났으나 그 중에서도 단연 두각을 나타낸 침의는 허임(許任)입니다. 그는 선조, 광해군 및 인조에 이르는 3대의 임금을 치료한 침의로서 명성과 권위를 얻었을 뿐만 아니라 『침구경험방(鍼灸經驗方)』이라는 불후의 명저를 남겼습니다.

1644년에 간행된 허임의 『침구경험방』은 조선중기 침구학 발전의 위대한 성과물로서, 중국의 침구의서를 그대로 사용하던 종래의 태도에서 벗어나 당시까지의 침구이

---

한 푼의 약도 쓰지 않고 모든 병을 고칠 것입니다. 지금부터 중국의 의술을 익히는 법에 의하여 각각 전문(專門)을 세우고 주종소(鑄鍾所)로 하여금 구리로 사람을 만들게 하여, 점혈법(點穴法)에 의하여 재주를 시험하면, 의원을 취재(取才)하는 법이 또한 확실할 것입니다.” 『세종실록』 세종15년(1433) 6월1일.

17) 손중양, 허임 침구의 역사적 의미와 현대적 계승, 12-13면.

18) 『韓國醫學史』 육금斗鍾, 287

19) 《許任 鍼灸經驗方 研究》 박문현, 2002. 경희대학교 한의학과 박사학위논문

론을 재정리하고 ‘임상적 경험’을 중시하고 이에 결합시켜 침구의술을 더욱 발전시키고 체계화하였습니다. 또한 침구경험방은 일본에까지 전파 번역되어 일본의 임상 침구학의 발전의 기초가 되는 등 동아시아 전체의 침구학에 새로운 발전과 도약의 계기가 되어 우리나라의 침구 종주국으로서의 위상을 회복하게 한 점에서 큰 의의가 있습니다.<sup>20)</sup>

#### 라. 일제강점기와 해방 및 군사정부의 침구사 제도 말살 탄압

조선 말기 서세동점의 혼란기를 거쳐 우리나라는 일본제국의 강점상태에 들어갔습니다. 일제강점기에 우리나라의 침구의는 ‘침사(鍼士)’와 ‘구사(灸士)’가 되었습니다. 일제는 ‘안마술·침술·구술 영업취체규칙(按摩術·鍼術·灸術 營業取締規則)’을 만들고<sup>21)</sup>, 안마사·침사·구사의 면허 제도를 마련하여 조선에 거주하는 일본인 침구인들과 함께 조선인 침구인들도 관리하였습니다.

해방 후 우리 정부가 제정한 최초의 의료관계법으로서 1951년 공포된 국민의료법은 의사·치과의사·한의사 등을 의료업자로 규정하고 접골·침술·구술·안마술업자 등은 의료유사업자로 정했습니다. 당시 침구는 한의사의 영역이 아니었고 1962년까지 실시되었던 한의사 자격 검정시험 과목은 첩약조제 관련과목으로 구성되었을 뿐 침구관련 과목이 포함되지 않았습니다. 1961년 대법원은 “침구사 자격증을 소지하지 않은 한의사가 침술이나 구술을 실시할 수 있다는 법적인 근거는 없다.”고 판시하기도 하였습니다.<sup>22)</sup> 4.19혁명 직후인 1960년 11월에는 비로소 의료유사업자령과 자격시험규정이 제정되어 침사나 구사 등의 자격시험이 실시될 법적 근거가 마련되었으나, 시험실시가 이루어지지 못한 채 5.16 군사쿠데타를 맞이하게 되었습니다.

박정희 군사정부는 ‘조국 근대화’를 지향하면서 의료분야에서 여러 가지 변혁조치를 취하였습니다. 의료 근대화의 명목으로 ‘전통의 잔재’를 없애고자 하였는데, ‘전통’은 곧 ‘낙후와 빈곤’의 원인이라는 것이었습니다. 이러한 상황에서 한의사와 침구사, 안

20) 1725년 판본 『침구경험방』은 일본 유학생 야마가와 준안(山川淳菴)이 일본으로 돌아갈 때 가져간 『침구경험방』을 통하여 처음 간행됐다. 그는 서문에서 “조선에서는 침구가 의가(醫家)의 요체였고, 그 효험이 가장 빨랐는데 치료방법은 한결 같이 모두 허씨의 경험방을 배워서 하는 것이었다”고 목격담을 말하고, “조선의 침술이 최고라고 하고, 평소 중국에까지 그 명성이 자자하다는 말이 정말 꾸며낸 말이 아니었다”며 조선 침구술이 으뜸이었음을 전하고 있다. 享保大阪刻本: 上, 中, 下3冊, 享保十年(1725年), 岡田三郎右衛門, 大阪吳服町書林. 10行16字.

21) 1914년 10월 조선총독부 경령(警令) 제10호.

22) 대법원 1961. 10. 10. 4202행상122 행정처분취소사건 판결.

마사 같은 동양의학의 전통은 비과학적인 것으로 간주되었고 1962년에 국민의료법을 의료법으로 개정하면서 이를 일거에 없애려고 시도하였습니다. 그러자 이에 대한 한 의사들의 강력한 반발이 제기되면서 한의사 제도를 폐지하는데 실패하였지만, 군사정부의 국가재건최고회의는 1962. 3. 20. 상대적으로 힘이 약하였던 침구사 제도를 완전히 폐지해 버렸습니다. 그 과정도 세심한 검토를 거치지도 않고 비과학적 의료행위를 근절하여야 한다는 식으로 무조건 폐지시켜 버렸습니다.<sup>23)</sup>

그 결과 우리나라는 해방 후 침구사 배출은 한 차례도 제대로 이루어지지 못하게 되었고, 다만 해방 이전에 침구사 자격을 취득한 기(既) 자격취득자에 대해서만, ‘당시의 의료유사업자의 자격과 기타 의료상의 권리는 동법(同法)에 의하여 취득한 것으로 간주한다.’는 경과규정으로 유지시켰을 뿐입니다. 더욱이 개정 의료법은 침구사 양성 규정을 삭제하면서 침구를 한의사가 관장한다는 등의 경과규정을 마련하지도 않음으로써 이후 집단 갈등의 불씨가 되었습니다. 사실 당시까지 한의사 시험에 침구과목이 들어가 있지도 않았고, 한의사가 침구시술을 할 수 있다는 법적인 근거가 없다는 대법원 판례까지 나와 있는 상황에서 침구사의 업무영역을 한의사가 관장을 한다고 규정할 수도 없었습니다.<sup>24)</sup>

침구사와 침구제도는 이렇게 박정희 군사정부에 의해 수난의 시대를 맞이하게 되었고 군사정부의 조치가 담긴 의료관계법 조항들은 고스란히 그대로 남아 아직도 발효 중에 있습니다. 그리하여 침구학의 현대적 계승은 왜곡되고, 침구술을 둘러싼 국민과 직역간의 갈등은 갈수록 첨예한 양상으로 고조되고 있습니다.

---

23) 조병희, 한국 침구사제도의 역사와 현황, '세계 침구제도의 현황과 한국의 미래에 관한 심포지엄' 국회 자료집, 2005. 8. 29. 105면.

24) 손중양, 앞의 글, 91-92면.

### 3. 헌법재판소의 선 결정례와 이에 대한 사정 변경

#### 가. 헌법재판소 선결정례의 요지

헌법재판소는 2010. 7. 29. 2008헌가19등 결정에서 재판관 5인의 다수의견은 이 사건 심판대상 조항들이 헌법에 위반된다고 판단하였으나, 나머지 재판관 4인이 합헌의 의견을 택함으로써 다수의견이 위헌임에도 불구하고 위헌의 결정을 선고하지 못한 바 있습니다.

##### (1) 재판관 4인의 위헌의견

다수 5인 재판관의 위헌의견 중 4인의 의견은 “모든 국민은 의료행위에 관한 자기 결정권과 의료행위를 자신의 직업으로 선택할 자유를 가지므로, 국가는 의료면허제도의 운영에 따른 국민의 기본권제한을 꼭 필요한 범위로 최소화시켜야 한다. 그러므로 국가는 의료행위의 태양이나 생명·신체에 대한 위험성에 따라 다양한 의료인의 자격을 설정함으로써, 의료소비자인 국민으로 하여금 적정한 비용이나 접근성에 맞는 의료행위를 선택할 수 있게 해야 한다. 예를 들면, 침구(鍼灸)는, 생명·신체에 대한 위험성이나 부작용에 있어서 통상의 의료행위와 비교가 될 수 없을 만큼 낮음에도 불구하고 이러한 의료행위까지 현행 의료인에게 독점시키는 것은 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민의 건강권을 최대한 보장하는 수단이라고 할 수 없다. … 이 사건 조항들이, 사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”는 것입니다.

##### (2) 재판관 1인의 위헌의견

다수의견 중 나머지 1인의 의견은 “이 사건 조항들은 제도권 의료인에게만 의료행위를 독점토록 해주고 이를 위해 비의료인에 의한 의료행위를 모두 금지시킨 뒤 이에 위반하면 형사처벌까지 함으로써, 의료소비자인 국민이 i) 의료인에 의해 치료불가 판정을 받았거나 ii) 과도한 비용 때문에 의료인에 의한 의료행위를 선택할 수 없거나

iii) 비의료인에 의한 의료행위를 선택했지만 결과적으로 질병이 치료되었거나 iv) 일부 침, 뜸, 자석요법 등과 같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일절 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해한다.”고 판단한 바 있습니다.

### (3) 재판관 4인의 합헌 의견 (법정의견)

이에 대하여 법정의견이 된 4인 재판관의 의견은 이 사건 심판대상조항과 같은 내용의 조항에 대한 최초의 합헌 결정인 1996. 10. 31. 94헌가7 결정(판례집 8-2, 408)의 결정 이유를 이어받아 이를 그대로 인용하여, “ … 이 사건 법률조항이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 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 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.”라고 합니다.

### (4) 합헌의견 중 재판관 1인의 보충의견

이 합헌의견에 속하는 4인 재판관 중 1인이 다음과 같은 보충의견을 밝히고 있습니다. 즉 “헌법 제36조 제3항에 의해 국가는 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 측면에서 볼 때, 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 범위 내에서 제도권 의료행위 이외의 치료방법을 적극적으로 연구하여 이를 의료행위에 편입하거나 또는 국민이 쉽게 이용할 수 있도록 하는 제도를 마련할 필요성이 있다. … 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.”라고 하였습니다.

이 보충의견은 다른 3인의 재판관이 단순한 입법정책의 문제로 본 것을 헌법 제36조 제3항의 국민의 보건에 관한 국가적 급부를 요구할 권리의 헌법문제로 파악한 것이며 이는 사회적 기본권으로서 이에 대한 국가의 배려가 전적으로 결여되면 위헌의

문제가 발생할 수 있는 것을 지적한 의견으로서 취지상으로는 5인 재판관의 위헌의견에 접근하는 것이라고 생각합니다.

(5) 2010. 7. 29. 결정 이후 2013. 6. 27. 이 사건 조항들에 대한 같은 취지의 헌법재판소 결정이 있었고(2010헌마658), 합헌의 법정의견과 위헌의 반대의견이 있었는데 그 요지는 각각 위 2010. 7. 29. 결정과 같은 취지에 해당하였습니다.

#### **나. 헌법재판소 결정 이후의 사정변경**

그렇다면 위 결정이 있고 난 이후 10년 가까운 기간이 경과한 현재의 시점에서 우리나라의 인구 구성과 의료환경적 상태 및 침구인의 상황 등 이 사건 조항들의 국민 기본권 침해와 관련된 사정들이 새로이 변경된 점이 있는지 여부를 살펴보고 이에 따라 국가의 보호의무 준수 여부와 국민의 기본권 침해 여부를 판단하여야 한다고 생각합니다. 이 점에 관해서는 다음과 같은 중대한 사정 변경이 있다고 사료됩니다.

##### **(1) 고령사회의 진입과 1차의료 침구술의 보급 필요성 절실화**

유엔은 65세 인구가 전체 인구에서 차지하는 비율이 7% 이상이면 고령화사회, 14%이상이면 고령사회, 20%를 넘으면 초고령사회로 구분합니다. 우리나라는 2007년 당시 65세 이상 고령층 인구가 9.9%였으나, 2018년에 이르러서는 14.4%로 급격히 증가하여 이제는 유엔과 국제사회가 인정하는 완전한 고령사회의 단계에 진입하였습니다. 이는 세계에서 가장 빠르게 초고령사회로 진입하였던 일본보다도 4배 정도 빠른 증가속도입니다.

이와 같이 빠른 고령사회 진입으로 인하여 우리나라의 의료비에 대한 사회적 부담은 급격하게 증대되고 있습니다. 한국의 경상의료비는 1980년대 1.4조원이었으나, 2013년 98.3조원으로 100조원 대에 이르렀고 다시 2018년에는 144.4조원으로 150조원 대 가까스로 100배 증가하였습니다.<sup>25)</sup> 이를 건강보험 상의 전체 진료비로 보면 2018년 77조9,141억원인바, 그 중 65세 이상 고령자의 진료비는 31조1173억원에 이

---

25) 보건복지부 2017년 국민보건계정 통계.

르러 전체의 39.9%에 달하고 있으며, 이는 전년보다 14.7% 증가한 액수입니다. 또한 2018년 65세 이상 1인당 진료비는 438만 7천원으로 일반국민의 1인당 진료비 152만 6천원의 약 3배에 이릅니다. 이는 또한 전년의 398만 7천원보다 10.0% 증가하였으며, 매년 급격히 증가하는 추세입니다. 65세 이상 고령자의 진료비의 증가율은 2018년 14.7%로, 일반국민의 전체 진료비 증가율 11.9%보다 현저히 높으며, 이러한 추세는 지난 10년간 꾸준히 지속되었습니다.<sup>26)</sup> 이처럼 65세 이상의 고령자의 진료비는 일반인의 3배에 이르고 있고, 이러한 고령자층이 세계에서 가장 빠른 속도로 증가하고 있는 것이 우리나라의 의료체계의 현실입니다. 이제 고령사회를 맞이하여 고령자층에 대한 특단의 의료대책과 발상의 전환이 이루어지지 않으면 우리나라의 의료재정 체계는 조만간 파탄에 이를 수밖에 없는 상황에 이르렀습니다. 이제 고령자에 대한 잘못된 낭비적 진료행태가 없는지 여부를 정확히 파악하여 과잉진료를 막고 노인성 질환에 적합한 효과적이고 경제적인 치료방법을 적극적으로 수용하여 고령자의 증가에 대비한 의료체계의 합리화와 개선을 실현하지 않으면 안될 절박한 사정에 도달한 것입니다.

한편 2017년 보건복지부 노인실태조사에 의하면 90%의 65세 이상 노인은 1개 이상의 만성질환을 앓고 있고 3개 이상의 만성질환을 앓고 있는 노인도 51%로 절반을 넘고 있습니다.<sup>27)</sup> 또 2018년 통계청의 조사에 의하면, 65세 이상 고령자는 스스로의 건강상태에 대하여 22.8%만이 '건강이 좋다'고 평가할 뿐 43.5%가 주관적 건강상태가 나쁘다고 평가하고 있습니다.

이처럼 65세 이상의 고령자들은 청장년층에 비해 건강상태가 열악하고 대부분 만성질환인 질병을 가지고 있는데, 그 질환은 노쇠함으로 인해 기혈순환이 원활하지 못하고 자연회복력과 신체방어력이 저하되어 생기는 질환으로 대부분 뚜렷한 병명을 알 수 없고 지속되는 통증으로 끊임없이 병원을 찾게 하는 특성을 가집니다.<sup>28)</sup> 이런 까닭에 고령자들은 치료효과가 미미함에도 불구하고 빈번히 여러 병원을 찾게 되고, 병원은 수많은 진단과 검사 및 수술 등을 통하여 과잉된 진료를 행하여 앞서 통계에서 본 바와 같이 고령자의 진료비를 청장년층에 비하여 3배 이상으로 불필요하게 상승시

26) 진료비 증가율은 2011년 고령자 7.6%, 전체 5.5%, 2013년 고령자 9.3%, 전체 5.2%, 2015년 고령자 10.5%, 전체 6.4%, 2017년 고령자 10.5%, 전체 7.7%로서 매년 고령자는 일반인에 비하여 2-4% 높은 진료비 증가율을 보이고 있어서 진료비 격차가 더욱 벌어지고 있습니다. 통계청, 2019 고령자통계, 34면.

27) 정경희 외 10인, 2017년도 노인실태조사, 보건복지부 정책보고서, 307-309면.

28) 이주은, 한국고령사회 노인의료비 절감을 위한 1차의료로서 침구사제도 도입방안에 관한 연구 -외국의 침구사 제도를 중심으로-, 유라시아 연구 제13권 제4호, 아시아·유럽 미래학회, 2016. 114면.

키고 있습니다. 또한 노인들은 여러 병원을 거치는 과정에서 최종적으로는 3차의료기관인 대형병원을 방문하게 되는데 여기서는 고가의 의료장비를 동원한 필요 이상의 과잉진료의 가능성이 높아지게 되고 결국 우리 사회 전체에 과중한 진료비용 부담을 초래하여 청장년층에게 불합리한 의료비 전가현상을 발생시키게 됩니다.

2018년 고령사회에 접어든 우리나라의 의료체제가 재정적으로 붕괴되지 않도록 하기 위하여 이제 어떤 특별한 방안이 시행되어야 할 절박한 시점에 도달하였다고 할 것입니다. 여기서 문제의 원인이 되는 고령자의 의료 수요는 만성 질환과 통증 완화에 특별한 효과가 있음이 세계적으로 인정되어 있는 침구술을 1차적 의료서비스로 활용할 필요성이 크게 부각된다고 하겠습니다. 침구의료의 특성은 약물과 수술방법을 쓰지 않고 기혈통로인 경락과 경혈을 자극해 몸 전체의 기혈순행을 돕고 면역력을 증가시켜 인체 자체의 자연치유와 예방을 기하는 치료입니다. 또한 고가의 의료장비나 장소에 구애받지 않고 편리하게 시술하여 즉시 효과를 볼 수 있어서 저비용 고효율의 탁월한 효과를 가집니다. 또한 고령자들은 의료기관이 제대로 분포하지 아니한 농어촌 지역에 상대적으로 집중 거주하고 있고 이러한 현상은 지난 10년간 지속적으로 더욱 현저하게 진행되어 왔습니다. 이렇게 볼 때 고령사회로 들어선 우리나라의 의료체계에서 정규의료 제도를 이용하기 전 1차 의료로서 침구의술을 보급시켜야 할 필요성이 절실하게 된 상황이라고 할 것입니다.

## **(2) 침구교육기관의 합법화와 침구전문인력의 대폭적 증가**

전통민간요법인 침구행위의 적헌성 여부에 관하여 심층 판단하였던 헌법재판소 2010. 7. 29. 2008헌가19 결정이 있는 후 만 1년이 지난 2011. 7. 28. 대법원은 우리나라 침구제도에 이정표가 될 중요한 판결을 내린 바 있고, 2016. 7. 22. 대법원은 다시 한번 같은 취지의 판결을 내렸습니다. 이는 침구교육제도에 관한 것으로서 일반 국민들에게 침구행위를 가르치기 위한 교육기관을 설립하는 것을 침구행위를 교육대상으로 한다는 내용적 사유로 국가가 막을 수 없으며 이러한 침구교육기관의 운영은 합법이라는 취지의 것입니다.

대법원의 이 판결은 “건강의 유지·증진에 관한 일반 국민의 높은 관심과 지식 욕구는 언론매체에 의한 기사와 보도, 각종 정보통신매체의 지식사이트 등을 통한 여러

형태의 사회적 교육에 의해서 충족되고 있고, 그 결과 이제는 단순한 건강의 유지·증진뿐 아니라 웬만한 질병의 원인과 증상, 치료와 예방에 이르기까지 전문적 의학 지식의 일부가 널리 지식과 정보 습득의 대상이 되고 있다. 이러한 의학적 지식과 정보의 광범위한 전파 과정에서 일부 잘못된 지식의 무분별한 습득이나 어설픈 실천이 조장될 우려가 있을지 모르나, 이러한 이유만으로 특별한 법령상 근거도 없이 의학 지식과 정보를 전문가들 사이에서만 독점하도록 제한하고 일반인들에게는 그에 대한 접근이나 학습조차 금지할 수는 없을 것이므로, 이 사건 교육과정을 통하여 인체와 경혈의 원리를 이해하고, 종래 민간에서 널리 전수되고 시행되어 온 침·뜸의 원리와 시술에 관한 지식을 습득하는 것 자체가 평생교육의 대상에서 제외된다고 볼 수도 없다. 자신의 건강을 지키고 증진시키기 위해 인체와 질병에 관한 지식을 학습할 기회를 갖는 것은 행복의 추구하고 인간다운 생활을 위한 국민의 기본적 권리에 속하므로 별도의 입법조치가 없는 한 이를 제한할 수 없다”고 판단하였습니다.

이후 침구시술을 할 수 있는 침구인 양성교육기관은 합법화되었고 이에 따라 서울은 물론이고 대구 등 전국 각지에 평생교육기관으로서 침구교육기관이 설립되어 많은 침구전문인력을 양성해 오고 있습니다. 대표적으로는 서울에 정통침뜸 평생교육원이 존재하고 여기서는 전 과정 1년으로 진행되는 교육과정이 개설되어 있고, 수료 후 정회원 시험이 실시되어 합격하면 정통침구학회의 정회원이 되도록 하고 있습니다. 또한 CH아카데미라는 침구평생교육기관이 설립되어 기본과 중급 및 전문과정을 개설하여 전문적 침구교육을 실시하고 있으며 허임기념사업회 침뜸학교가 열려서 6개월의 입문·기본과정 및 5개월의 전문과정을 개설하며 각 수료시험을 실시하여 합격하면 수료증을 내주고 있습니다. 기타 한방서당 등 많은 침구교육기관들이 적법하게 침구술 교육과정을 실시하고 있습니다. 이들 교육기관의 교육의 질은 일본의 3년제 정규 침구전문대학의 수준과 비등한 것으로 평가되며 수료에 즈음한 시험의 수준도 이와 같이 이루어지고 있습니다.

이와 같이 침구교육은 헌법 제31조 제6항에 보장한 바 국민의 평생교육의 일환으로 널리 실시되고 있으며 그 결과 현재 우리나라의 민간 침구전문가는 약 30만명에 이르는 것으로 추산되고 있습니다.

국가가 이러한 교육기관을 통하여 침구술에 관한 교육과 전문가 양성을 허용하면서도 국민들이 합법적으로 배운 침구행위를 모두 금지하면서 실행하면 모두 색출하여

처벌하겠다고 나오는 것은 국가가 국민의 건강증진을 위한 일상행위를 위협하는 것에 다름 아니며 국가의 국민에 대한 도리가 아닙니다. 또한 이는 침구교육을 규율하는 법규범과 침구행위를 규율하는 법규범 사이에 그 규범의 실질적 내용과 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 모두 상호 배치되고 모순되는 상태에 빠지게 된 것을 의미합니다. 그 원인은 무엇보다도 한의사의 침구독점을 허용하면서 그 결과 한의사 이외의 침구전문가의 침구시술을 일괄 금지하고 처벌하는 이 사건 의료법 조항을 불합리하게 계속 유지하는 데에서 야기되고 있는 것입니다.

이와 같이 위 2010년의 헌법재판소의 위헌다수의견의 합헌결정 이후 침구제도에 관해서는 침구교육제도와 침구행위 자체를 전면 금지하는 의료법 조항 사이에 심각한 차별과 법체계 정당성 위반의 현상이 발생하게 되었습니다. 이는 그 자체로서 강력한 위헌의 징표일 뿐만 아니라, 위 헌법재판소의 판결 이후 우리나라의 침구제도에서 발생한 심각한 ‘사정 변경’의 하나로 파악된다고 할 것입니다.

### **(3) 침구 세계화에 따른 우리 국민의 국제적 침구활동의 확대**

최근 10년 이래 우리 국민의 해외방문과 교류는 비약적으로 증대되었고 이에 따라 우리 국민의 국제적 침구활동이 활발해졌습니다. 이 점에서 최근 현저히 나타나는 것은 침구제도가 확립된 미국 독일 스페인 등 선진국에서의 직업적 활동이 증가하고, 외부적 의료지원이 필요한 개발도상국의 경우에는 우리 국민의 봉사적 활동이 증대하고 있는 현상입니다.

선진국의 경우이든 개발도상국의 경우이든 외국에서 우리 국민들에 대하여 침구시술을 받고자 하는 수요가 큰 이유는 침구술은 결국 동양에서 발상한 의료술이고 그 중에서도 특히 한국은 중국보다도 앞선 침구술의 전통을 가진 발전된 침구국가라는 명성이 아직도 인정되고 있기 때문입니다.

우리나라 침구인들의 국외활동을 구체적으로 보면, 먼저 스페인에서의 우리 국민의 침구활동이 최근 매우 활발하여졌습니다. 이들의 활동상황을 보면 스페인에서는 태권도 사범으로 간 한국인들이 한국에서 배운 침뜸을 시술하여 효험을 보여준 것을 계기로 스페인 당국의 허가를 받아 침술원을 하는 경우가 많고 이들은 ‘스페인침구협회’를 결성하였으며 여기에는 한국의 평생교육원 등에서 교육받은 침구인들이 상당 수 가입

하여 활동하고 있습니다. 독일에서는 독일치료사의 허가를 받아 활동하는 상당수의 한국인들이 있으며, 미국의 경우에도 한국에서 침뜸교육을 받아서 미국의 침술사 자격을 받고 침술원을 운영하는 한국인들이 많습니다. 미국과 독일, 스페인의 경우 한국을 오가면서 생활하는 이들이 많은 관계로 이들은 한국에 돌아오면 무료 침구봉사활동이라도 하고자 하는데, 미국과 독일, 스페인에서는 자신들의 직업이 적법하고 한국에서는 불법이라는 점에서 커다란 불합리함과 불편함을 느끼고 있는 실정입니다.

또한 한국에서 침구교육을 받은 후 특히 동남아시아 국가들, 이를 테면 필리핀, 미얀마, 베트남, 캄보디아 등지로 나가 침구사로 활동하고자 하는 사람들이 있습니다. 특히 이러한 개발도상국으로 향하는 침구인들은 무료침구활동 등 봉사활동을 하기 위한 목적을 가진 경우가 많은데, 이러한 활동 조차 우리 국내법으로 제약당한다는 점에서 국제적 자선(慈善)을 위한 활동에 지장을 받고 있는 상황입니다. 나아가 러시아의 사할린에 사는 동포들이나 요르단 카자흐스탄 등 세계 각지에서 한국에서 배운 침구술을 활용하여 지역사회에 봉사하고 직업활동을 하고자 하는 한국인 이주자들이 늘어나고 있는 실정입니다.

이처럼 세계 각지에서 침구술의 유용함을 알고 활용하고 있고 그 발상지인 동양의 침구인들로부터 이를 시술받고 배우고자 하고 있는바, 중국과 일본은 유럽과 미주 아시아 등 각지에서 각자 자기들의 고유한 침구술을 홍보하고 전파하면서 침구종주국의 지위를 놓고 경쟁하고 있는 상황입니다. 그러나 정작 동양에서도 침구술을 창시한 민족이며 중세에는 가장 뛰어난 침구학과 침구제도를 보유하고있던 우리나라는 서양에서 큰 관심이 없는 한약처방 위주의 한의사 면허가 없으면 자격을 가질 수 없다는 불합리한 입법에 걸려서 침구인들이 국제적 침구활동을 하는 데에 커다란 제약을 받고 있으며 중국과 일본에 뒤처지고 있는 실정입니다.

#### **(4) 침구행위의 위법 여부에 관한 새로운 판례와 법집행 관련 법적 혼란 발생**

위 헌법재판소의 결정 이후 침구행위의 의료행위 여부에 관한 한 어떠한 의학적 전문가가 이를 행하여야만 하는지 여부에 관하여 판례법 상 또는 법집행상 많은 새로운 혼란이 발생하고 있는 새로운 사정들이 발생하고 있습니다. 이제 일반상식을 가진 관련 국민들은 이 사건 조항과 그 해석만으로는 침구사에 의한 어떠한 행위가 금지되며

어떠한 행위가 실질적으로 허용될 것인지 여부에 대하여 정확히 예측할 수 없어 그 행동을 결정할 수 없는 상황에 처하고 있습니다.

먼저 뜸시술에 관해서 살펴보면, 2015년 2월에 대법원은 환자의 피부에 직접 닿지 않는 쑥뜸 시술 이른바 간접구(間接灸) 시술이 반드시 한의사만이 하여야 할 ‘의료행위’가 아니라고 판결하였고(대법원 2015, 2. 12. 선고 2013도5852), 나아가 법원은 2018년 11월에 이르러 직접구(直接灸)라고 하더라도 썩씨 60도 정도가 나오는 쌀알 반알 만한 크기(半米粒)의 뜸이라면 의료인이 행하여야만 할 행위라고 보기 어렵다고 판결한 바 있습니다(2018. 11. 15. 대전지방법원 2018노1703). 그런데 침구전문가가 보통 행하는 쑥뜸시술은 보다 효능이 좋은 직접구라고 하더라도 그 대부분이 쌀알 반알 정도의 작은 쑥의 시술이며 그 이상은 별로 필요하지도 않아 실행되지 않습니다. 그렇다면 이러한 최근의 법원의 판결들은 사실상 모든 쑥뜸행위를 판례법에 의하여 합법인 것으로 돌려놓고 있어서 종래의 의료행위의 의미 해석에 커다란 변화를 가져왔습니다. 나아가 침시술에 관하여 보건대 이미 대법원은 수지침의 경우에는 반드시 한의사에 의하여 행해지지 않아도 되는 정당행위인 것으로 판결하여 왔습니다(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389). 그리고 법원은 체침의 경우 한의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당한다는 판결을 내고 있지만, 정부는 이를 그대로 따르지 않고 2016년 9월 안마사의 업무범위 중에는 자극요법으로 3호침<sup>29)</sup> 이내의 침사용을 허용한다는 지침을 고수하면서 수사기관과 전국의 지방자치단체 등에 이를 통보하였습니다.<sup>30)</sup>

그런데 침구전문가가 행하는 침시술에 있어서 90% 이상의 대부분의 경우는 3호침과 그 이하 규모의 침을 사용할 뿐이고, 더 큰 침은 실제로 거의 사용되지 않습니다. 법원의 판결에도 불구하고 법의 집행은 행정부의 권한이므로 행정부의 통치권에 놓인 국민은 구체적인 경우 무엇이 법인지에 관하여는 일차적으로 행정부의 방침에 따라 움직일 수밖에 없을 것입니다. 행정부가 사건을 적발하여 기소하지 않는 이상 법원은 판단 기회조차 없을 것이기 때문입니다. 침구시술을 침구사가 하면 불법인데, 안마를 하는 안마사와 한약처방을 하는 한의사가 하면 괜찮다고 하는 것은 직업의 본질이 뒤바뀐 것으로서 일반 국민으로서는 상식적으로 믿기 어려운 부분이고, 결국 문제가 생기면 법원에 가서 소송을 해야 하는데 그 결과도 자꾸 뒤바뀌므로 구체적 상황에 따

29) 길이 5센티미터 굵기 0.20밀리미터 내외의 침으로 사용 보편적으로 사용됩니다.

30) 보건복지부, 2016. 9. 30. 시행, ‘안마사 침시술행위(3호침 이하) 관련 협조요청’, 보건의료정책과 -8617. 공문. 참조.

라 어떻게 나올지 알 수 없다는 것이 지금까지의 경험입니다. 결국 우리 의료사회에서 대부분의 침시술의 허용 주체에 관하여 한의사·안마사 또는 침구사 간에 심각한 법적 혼란과 불안정이 초래된 상태에 빠져 있습니다.

##### (5) 최근 사회민주화의 진전과 군사정권 잔재청산 완결 당위성의 증대

우리 사회는 1989년 현행 헌법이 시행된 이후 우여곡절을 겪으면서도 민주화가 꾸준히 진행되어 왔습니다. 특히 우리 사회의 민주화는 과거 쿠데타에 의하여 군사정부가 들어선 탓으로 이에 대한 민주주의의 회복의 투쟁과정에서 진전되어 왔다고 할 것입니다. 군사정권이 남긴 잔재의 청산은 그 이후 들어선 정부의 성격에 따라 부침이 있었지만, 특히 2017년 3월 헌법재판소의 대통령 탄핵인용 결정과 이후의 새로운 정부 구성으로 우리 사회에서 군사정권 문화의 잔재청산의 요구는 더욱 고조되었고 그동안 약 30년 내지 50년이라는 장기간의 시간이 흐른 점을 고려할 때 이제는 완전한 청산이 실현되어야 할 단계에 왔다고 생각합니다.

앞서 본 바와 같이 우리 의료법제에 전통적으로 이미 존재하였던 침구사 제도를 폐지시켜 버린 것은 1962년의 일로서 5·16 군사정부의 권위주의적 결정에 의한 것이었습니다. 이 조치는 국회가 해산된 상태에서 국가재건최고회의라는 군사정부의 전단적 의사결정기구에 의하여 임의로 결정된 것으로 이해관계 집단과 국민 전체의 광범위한 의견을 수렴하고 그 결론에 의하여 시행한 것이 아니었습니다. 단지 정권을 잡게 된 군인들이 사안의 중요성과 복잡함을 고려하지 아니한 채 자신들의 힘을 과시하는 수단으로 채택되어 정책으로서 현실화되어 버린 것입니다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 군사정권의 청산과 사회민주화의 과정이 전진과 후퇴를 반복하는 형태로 애매하게 진행됨으로써 개혁·개선의 우선 순위에서 밀리고 이러한 군사정권의 정책적 잔재가 아직도 남게 된 것입니다. 그 대표적인 사례가 바로 침구사제도의 폐지와 그 침구행위의 불법화인 것입니다.

동서양을 막론하고 침구사 제도는 정규의료를 보완하는 대체의학술의 하나로서 발전되어 왔는데 군사정권이나 전체주의 정권이 들어서서 이를 금지해 버린 사례는 앞서 본 바와 같이 외국에서도 발견됩니다.

독일의 경우 나치정권이 들어서자 나치는 정규의료인의 지지를 얻기 위해서 그 이

전부터 독일에서 대체의술로 인정되어온 침구사를 포함한 각종 치료사 제도를 폐지시키고 이를 한시적으로 운영하고자 하였습니다. 패전후 동독 공산당은 동독지역에서 치료사 제도를 완전히 폐지하고 이미 존재하던 치료사만 남겨두어 노령으로 자연소멸하게 하였습니다. 독일에서의 전체주의 정권들의 이러한 행위는 1962년 우리나라에서 쿠데타로 정권을 잡은 군사정부가 시행한 것과 완전히 같은 조치입니다. 독일에서는 1989년 동독이 붕괴됨으로써 겨우 서독의 치료사 제도가 동독지역에 적용될 수 있게 되고 침구사를 비롯한 치료사 제도가 부활하게 되었습니다.

중국의 경우도 동독과 비슷한 면이 있습니다. 모택동은 1949년 국민당을 몰아내고 중국 본토를 장악한 이후 전통의술인 침구는 합리성을 추구하는 공산주의 국가에 맞지 않는다고 하여 이를 금지시켰지만, 정규의료가 극히 빈약한 상황에서 저층국민들이 의료서비스를 받기 위한 불가피한 선택으로서 향촌지역의 침구제도는 살아남았으며 지금도 정규의 중의사가 아닌 보건침구사 등에 의하여 침구술은 합법적으로 시행되고 있습니다. 일본에서도 제2차 세계대전 이후 점령당국인 맥아더 연합군사령부에서 침구술을 야만적인 것으로 보고 금지령을 내린 바 있지만 일본인들 전체 여론의 반대에 부딪혀 결국 철회한 바가 있었습니다.

이처럼 동서양의 주요 국가들에서도 군사정부나 독재정권 또는 전체주의 정권은 자신들의 권력과 합리성을 과시하기 위하여 의료사회의 약자집단에 해당하는 침구사를 비롯한 대체의학 종사자를 박해한 역사적 경험을 가지고 있습니다. 이들 국가에서는 이제 어떤 형태로든 침구사 제도는 부활하였으며 이는 모든 국민의 의료복지를 위하여 필요하다는 인식이 보편화되고 국가정책에 반영되었기 때문입니다.

이제 최근의 우리 사회의 민주적 변화로 볼 때, 군사정부의 독단적 결정에 의하여 도입된 한의사에 의한 침구독점과 침구사의 불법화는 시정되어야 할 때가 왔으며 관련된 군사문화의 잔재는 청산되어야 할 것입니다.

#### 4. 심판대상 조항들의 기본권 침해 내용

##### 가. 의료행위 선택권과 치료의 자유의 침해

###### (1) 법 리

(i) 헌법 제10조 제1문은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다고 천명하였고, 헌법 제37조 제1항은 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 규정하였습니다. 인간으로서의 존엄과 가치를 확보하고 행복을 추구하는 데 있어서는 개인의 건강을 유지하고 사는 것이 전제이자 그 기본적인 내용이 될 것으로 위 조항들에서 헌법에 명시하지 아니한 기본권으로서 **국민의 건강권이** 도출될 것입니다.

건강권과 행복추구권의 한 형태인 일반적 행동 자유권으로부터 각 개인은 질병이나 기타 몸의 이상이 있을 때 **‘자신의 몸을 치료하는 행위를 스스로 선택할 자유’**가 인정되어야 할 것입니다. 국민의 기본권으로서의 이러한 치료행위 선택권은 반드시 정규교육을 받은 제도권 의사의 치료행위로만 선택대상이 국한될 수 없으며, ‘제도의료’ 밖에 존재하는 ‘비제도권 전통의료’로부터 치료행위를 선택할 권리가 포함된다고 할 것입니다. 의사·한의사 등 정비된 제도의료 내의 의료서비스를 받아 보아도 자신의 병을 고칠 수 없을 때와 같이 제도의료에 만족할 수 없는 경우가 있고, 이 때에 환자는 스스로 제도권·비제도권을 막론하고 널리 자신의 치료행위를 선택할 수 있어야 하며, 바로 이 점에서 **‘치료행위 선택권’**의 기본권으로서의 독자적 존재이유가 있다고 생각됩니다. 나아가 위의 헌법조항들을 근거로 하여 자신의 건강과 마찬가지로 **‘타인의 건강을 돌보고 회복시켜 주기 위한 행동을 할 자유’**도 인정된다고 할 것입니다.

(ii) 독일에서는 인간의 이러한 치료활동과 관련하여 이미 19세기부터 **‘치료의 자유(Kurierfreiheit)’**가 널리 인정되어 왔습니다. 입헌주의가 발달하기 이전부터 이러한 인간 자유의 개념이 보편화된 이유는 어느 사회이건 근대화 이전부터 전통적 의술이 발달하여 왔고 근대적 정규의료제도가 도입된 이후라고 하더라도 국민들이 전통적으

로 누려온 치료술을 시행하고 시행받을 자유를 국민들로부터 함부로 박탈해 갈 수는 없기 때문입니다. 독일에서는 중세 이후 독일 국민들이 친근하게 받아온 여러 전통적 치료시술들을 받을 자유를 유지하였으며 이러한 자유가 19세기에 ‘치료의 자유’로 개념화한 것입니다. 독일에서 치료의 자유는 ‘아픈 이를 돌보기 위한 모든 사람의 권리 (jedermann zustehendes Recht zur Behandlung von Kranken)’로서 ① 각 개인이 ‘자신의 치료행위자를 선택할 수 있는 자유’와 ② ‘의사 아닌 자에 의한 치료행위를 금지당하지 아니할 자유’를 포함하였습니다.<sup>31)</sup>

물론 이러한 치료의 자유가 어떠한 제한도 할 수 없다는 것은 아닙니다. 국민건강 보호의 문제는 중대한 공익이 걸린 문제로서 치료의 자유의 제한의 입법목적이 될 수 있을 것입니다. 독일에서도 치료사법이 제정되어 치료사의 허가제 등 법적 규율이 도입됨으로서 치료의 자유는 국민건강의 공익에 의하여 제한되고 있습니다. 그러나 독일 고래의 치료사 제도 자체를 폐지하고 치료사를 말살하는 것은 치료의 자유의 침해에 해당합니다.

## (2) 이 사건에의 적용

이처럼 국민의 의료행위 선택권과 치료의 자유의 제한은 우리나라의 경우 헌법 제 37조 제2항의 기본권 제한의 법리, 특히 과잉금지의 원칙에 부합하여야 하므로 이하에서 이에 관하여 살펴보려고 합니다.

### (가) 목적의 정당성

의료행위는 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서 이를 그르칠 경우 그 피해는 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로, 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생하게 할 우려가 있는 의료행위를 미리 막자는 이 사건 조항들의 입법목적은 정당하다고 할 것입니다(헌재 1996. 10. 31. 선고 94헌가7, 판례집 8-2, 408, 416 참조).

### (나) 수단의 적합성

그러나 제도권 의료인에 포섭되지 아니한 비제도권 의료행위자의 의료행위를 어떠한 예외도 없이 일괄 금지하고 처벌하는 입법은 반드시 위 공익 목적에 부응하는 적

---

31) Michael Quaas/Rüdiger Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München, 2008, S. 470.

절한 수단이 된다고 할 수 없습니다. 개개 의료행위에 필요한 지식과 기술의 정도나 그 위험성 등을 고려함이 없이 비의료인에 의한 의료행위 전부를 일률적·전면적으로 금지한다면, 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민에 대하여 의료행위의 선택가능성을 좁게 함으로써 오히려 이들의 생명·신체에 대한 위해 발생을 방지하고자 하는 입법목적과는 반대의 결과를 가져올 여지도 있기 때문입니다.

이를테면 ① 의료인에 의해 치료불가 판정을 받은 경우 ② 과다한 비용 등의 이유로 의료인에 의한 의료행위를 선택할 수 없는 경우 ③ 비의료인이 현재의 과학수준으로는 용납하기 어려운 치료방법을 썼으나 결과적으로 질병이 치료된 경우 ④ 침, 뜸과 같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 경우 등에도 이 사건 조항들과 같이 비의료인에 의한 의료행위를 사전에 일체 금지하고 위반시 이를 형사처벌하는 것은, 위와 같은 경우에 처한 개개 국민의 생명, 신체에 대한 위해 발생을 방지하기 위한 적절한 수단이라고 할 수 없습니다.

오히려 위와 같은 경우, 국가는 국민이 다른 의료행위도 선택할 수 있는 가능성을 열어 놓고, 행정적 감독 등 간접적 통제만 함으로써, 국민 스스로가 의료인에 의한 의료행위가 비의료인에 의한 의료행위보다 낫다고 판단해 의료인에 의한 의료행위만 수용하도록 유도해 나가거나, 특히 위 ④의 침구술처럼 부작용의 위험성이 크지 않은 일부 의료행위에 대해서는 그 치료를 담당할 수 있는 간이한 치료사자격제도를 만들어 국민이 저렴한 비용으로 손쉽게 치료받을 수 있는 방안을 마련하는 것이 개개 국민의 생명이나 신체를 보호하는 적절한 방법이 될 것입니다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19 등, 판례집 22-2상, 37, 71).

#### (다) 피해의 최소화성

(i) 또한 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 이를 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 이를 최소한도로 제한하는 수단을 선택하여야 하므로, 의료면허제도를 설정함에 있어서도 의료소비자의 의료행위 선택권과 치료의 자유를 필요최소한의 범위 내에서 제한하여야 합니다.

(ii) 의료행위라 함은 ‘질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있

는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위'를 말합니다. 여기서 의료행위는 서양에서 전래된 의료행위와 동양 고래의 의료행위를 모두 포함하며, 행위의 태양에 따라 의학적 전문지식이나 생명·신체의 위험성에 차이가 날 수 밖에 없습니다. 따라서 국민건강의 보호증진이라는 공익 목적을 실현함에 있어서도 국가는 의료행위의 태양이나 특징, 생명·신체에 대한 위험성에 따라 다양한 의료인의 자격을 설정함으로써, 의료소비자인 국민으로 하여금 적절한 비용이나 접근성에 맞는 의료행위를 선택할 수 있게 해야 합니다. 서양의 경우 일반 의와 치과 의사로 구분되는 것이 그 대표적인 사례인데, 동양의 경우에도 전통적으로 한방의(조선시대의 藥醫)와 침구의(조선시대의 鍼醫)가 구분되어 온 점이 여기서 고려되어야 할 것입니다.

침(鍼)은 경혈에 침을 사용하여 물리적 자극을 주는 것이고, 구(灸)는 쑥을 이용하여 경혈 부위에 열을 가하는 것이므로, 생명·신체에 대한 위험성이나 부작용이 인체에 약제를 복용시키는 한방의 의료행위와 비교가 될 수 없을 만큼 낮습니다. 또한 침구 의술을 시행하는 데에는 한약재 등 재료를 구비할 시설이 필요 없고 간편한 침구 도구만을 가지고 환자가 있는 곳으로 가서 시술하는 것이 가능하므로 비용이 낮고 간편성이 뛰어납니다. 그럼에도 불구하고 이러한 의료행위까지 제도권 의료인이 된 한의사에게 독점시키는 것은 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민에 대하여 경제적 측면이나 접근성의 측면에서 불필요한 과도한 제약을 가하는 것이고 의료소비자인 국민의 의료행위 선택권이나 치료의 자유 나아가 건강권을 최대한 보장하는 수단이라고 할 수 없습니다.

#### (라) 법익의 균형성

(i) 생명·신체나 공중위생에 대한 위해 발생 가능성이 낮은 침구 의료행위만을 전문으로 하는 침구사 제도를 허용하지 아니한 채 침구 의료행위를 한약처방을 위시한 동양의학 전반을 다루는 한의사에게 전면적·일률적으로 독점시킴으로써 얻을 수 있는 법익은 직접적으로는 한의사라는 직역집단의 이익이고, 공공의 이익에 봉사한다는 의미에서는 추상적이고 불확실한 것으로서 그 공익성이 희박합니다. 반면 침구의술만을 전문적으로 다루는 침구사 제도를 금지하는 이 사건 조항들에 의해 제한되는 의료소

비자의 의료행위 선택권은 이를 실현하지 못할 경우 당해 국민의 생명이나 신체를 치유할 수 없게 되는 현실적 법익이 문제되어 구체적이며 중대합니다.

(ii) 나아가 이 사건 조항들로 인하여 한의사가 누리는 침구의료행위 독점권은 이를 상실한다고 하더라도 한의사들이 침구의료행위를 할 수 있는 권리를 상실시키는 것은 아니므로 그들의 법익 침해의 정도는 경미한 것입니다. 이에 비하여 국민은 이 사건 조항들이 무효가 됨으로써 한의사의 침구행위 독점권이 없어진다면 ① 침구사에게 가서 전문적인 침구시술만을 받는 의료서비스를 받거나, 아니면 ② 한의사에게 가서 한약처방과 침구시술을 병행하는 의료서비스를 받거나 하는 의료행위 선택권을 회복하는 법적 이익을 얻게 될 것입니다. 한의사가 이 분야의 독점권을 상실하는 것은 한직역 집단의 사익임에 비하여 국민의 의료행위 선택권의 확대는 국민 집단 전체의 이익으로 그 법익의 정도가 크며, 헌법이 요구하는 ‘국민보건 보호’를 충실히 하는 데에 이바지하는 것으로서 사익이라기보다는 오히려 공익에 가까운 중대한 법적 이익이라고 할 것입니다.

(iii) 그러므로 이 사건 조항들이 보호하는 침구의료행위에 대한 한의사 독점권과 이를 통하여 저해되는 국민의 의료행위 선택권의 법익을 교량하여 보아도 현저히 법익의 형평성은 상실되어 있다고 할 것입니다.

## 나. 직업선택의 자유의 침해

### (1) 법 리

헌법재판소는 직업의 자유 제한에 관하여 ① 직업 행사의 자유를 제한하는 단계와 ② 주관적 사유에 의한 직업 결정의 자유를 제한하는 단계 및 ③ 객관적 사유에 의한 직업 결정의 자유를 제한하는 문제의 세 가지 단계로 나누어 단계가 높아짐에 따라 더 엄격한 헌법심사를 받아야 한다는 잣대를 제시하고 있습니다. 그리하여 단순히 직업수행의 자유를 경미하게 제한할 때에는 광범위한 입법재량을 인정하여 완화된 심사를 할 수 있지만, 개인적인 노력과 주관적 능력의 판정 여하에 따라 제한 여부를 결정하는 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유 제한이나 국가에 의하여 주어진 객관적

조건에 의하여 부과되는 제한인 경우에는 과잉금지 원칙에 의한 엄격한 심사를 하여야 합니다.

## (2) 이 사건에의 적용

이 사건 심판대상 조항들에 의하여 직업으로서 침구행위는 한의사 면허를 받지 않으면 금지되고 처벌되는 것으로 운용되고 있습니다. 이는 침구업에 대한 한의사 자격을 요하는 것으로 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한이라고 할 수 있으며, 기본권 제한의 심사원칙인 과잉금지 원칙에 부합하는지 여부를 살펴보아야 할 것입니다.

### (가) 목적의 정당성

이 사건 조항들이 내세우고 추구하는 국민의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해 발생의 방지라는 국가적 입법 목적 자체는 정당합니다.

### (나) 방법의 적합성

이 사건 조항들은 국민건강 보호의 입법목적을 실현하기 위해서 침구시술을 직업으로 행하고자 하는 자는 한의사 교육을 받고 한의사 면허를 반드시 받아야 한다는 것을 요구합니다.

일반적으로 한의사는 환자에게 탕약 처방을 위주로 하는 동양의술을 시행하므로 한의사가 되기 위해서는 각종 한약재의 성분과 내용 및 효능 등을 습득하고 이를 처방하는 데 필요한 기본원리와 지식과 경험을 전수받아야 합니다. 한약처방은 약물을 인체에 투여하는 것이므로 이를 시술하는 한의사는 그 위험성을 고려하여 투여되는 약물이 인체에 어떠한 영향을 미치는 것인지에 대한 깊은 이해가 필요할 뿐만 아니라 복용 방법이나 효과 발생에 있어서도 많은 공부와 경험이 필요할 것입니다. 한의과대학 등 한의사 양성기관은 이를 위주로 교육하며 그 면허시험은 그 교육된 지식을 확인하는 것이 됩니다.

그러나 침구의술은 시술의 내용이나 방법, 효과 또는 영업의 면에서 모두 한방의술과 전혀 다른 성격의 의술에 해당합니다.<sup>32)</sup>

32) 중국 진(秦)나라 때부터 구비되어오던 의관(醫官)제도는 수당 시대에 완비되면서 침구과는 의과(醫科)와는 별도로 전문과(專門科)로 정비되었다. 의과 조직에 사용하던 ‘방(方)’ 자는 중국어로 약제처방을

① 침술은 경혈에 침을 사용하여 물리적 자극을 주는 것이고 구술은 쑥을 이용하여 경혈 부위에 열을 가하는 요법에 불과하여 그 의술의 내용이 한의사들이 행하는 약재 사용이나 탕약 처방과 전혀 다른 것입니다. ② 방법 면에서 침구술은 문제되는 경혈을 찾아서 가장 적절한 정도의 시술을 하여야 하는데 이는 문헌에서 글로 표현된 자료만으로는 완전히 배우기 어렵고 각자 임상적 경험에 의하여 침구의 기술적 깊이를 더 해나가면서 개발되어 나가는 특징이 있습니다. 이는 침구의가 한의사와 겸직하면서 그 보조수단으로 시행되어서는 제대로 된 숙련된 시술이 이루어질 수 없고 독자적인 침구전문가가 되어야만 침구술이 제대로 이루어질 수 있음을 의미하는 것입니다. 우리나라의 침구 역사에서도 뛰어난 침구사는 한약처방으로 시술하는 한방의와는 별도로 독립된 전문가들이었으며 최고의 한방의라고 하여도 반드시 유능한 침구사인 것은 아니었습니다.<sup>33)</sup> ③ 또한 침구술의 효과는 간편한 시술에도 불구하고 특정한 영역의 질환에서는 부작용 없이 매우 신속하고 효율적인 효과를 나타내는 것으로 잘 알려져 있습니다. 이는 일정 기간 탕약 복용 등 약물의 투여로 인체의 체질을 개선시키고 건강을 회복시킴으로써 장기적이고 종국적인 효과를 도모하는 한방시술과는 차별화됩니다. ④ 업무활동의 면에서 침구의에게는 약재를 구비하여 처방하기 위한 시설이 필요없고 단지 침구의 간편한 도구만으로 어디든지 시술이 가능합니다. 따라서 직업으로서 활동도 한방의와는 크게 다릅니다. 일반적으로 한의사는 약재를 준비하고 상태를 진단하며 환자를 맞이할 병원시설이 필요하지만 침구사는 직업활동의 공간이 특별히 필요하지 아니하며 침구도구만 간편하게 소지하고 환자를 찾아가서 시술해주는 것으로도 충분한 것입니다.

침구술과 한방의술은 동양에서 창시되어 발전한 전통의술이라는 점에서는 공통되지만 이상과 같이 내용, 방법, 효과, 업무활동의 모든 면에서 서로 구분되는 현저히 다른 의술이며, 침구사 또는 한의사가 되기 위하여 필요한 지식과 경험의 내용은 각자

뜻하는 것으로 쓰이고 침구는 별도의 제도로 되어 있었다. 그러므로 한방은 침구사와 별개인 한의사의 약재처방 행위를 의미한다. 조병희, 한국의 침구제도 현황과 과제, 세계침구제도의 현황과 한국의 미래에 관한 심포지엄, 2005. 8. 29. 국회 입법공청회 자료집, 136면.

33) 이조실록에는 조선시대 최고의 의학자인 허준과 침술과 뜸법에 제일인자로 성장하는 허임이 동시에 등장하여 선조의 편두통을 치료하는 장면을 기록한 것이 있다. '선조의 편두통(偏頭痛)이 갑작스럽게 발작하자 허준이 아뢰기를, "증세가 긴급하니 상례에 구애받을 수 없고 침의들은 반드시 침을 놓아 열기(熱氣)를 해소시킨 다음에야 통증이 감소된다고 합니다. 소신(小臣)은 침놓는 법을 알지 못합니다 마는 그들의 말이 이러하기 때문에 아뢰는 것입니다. 허임도 평소에 말하기를 '경맥(經脈)을 이끌어낸 뒤에 아시혈(阿是穴)에 침을 놓을 수 있다'고 했는데, 이 말이 일리가 있는 듯합니다"고 하였고 이에 따라 선조는 허임의 침을 맞았다.'고 기록한다. 이처럼 한방의 명인 허준도 침을 놓지는 못하고 왕의 시침에서 허임의 시술을 받게 하고 있다. 『선조실록』 선조 37년(1604) 9월23일 기록.

다른 것입니다. 따라서 침구사가 되기 위하여 반드시 한의사가 되기 위한 한방 지식을 갖추어야 할 필요는 없습니다. 바로 이 점을 직시하여 우리나라는 전통적으로 약의(藥醫)와 침의(鍼醫)를 구분하여 왔던 것입니다. 이는 마치 양의(洋醫)에 있어서 일반의사와 치과의사가 구분되며, 치과의사가 되기 위해서 일반 의사의 자격과 면허를 갖추어야 할 필요가 없는 것과 유사한 이치라고 할 것입니다.

#### (다) 피해의 최소성

국민의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해의 방지 등을 위하여 침구시술을 행하려는 자들의 기본권을 제한한다고 하더라도 그 입법목적 달성을 위한 방법 중에서 기본권이 제한되는 자들의 피해가 최소한이 되는 범위 내에서 제한이 이루어져야 합니다.

침구시술 행위가 치료행위의 일종으로서 ‘국민건강과 공중위생의 유지’라는 중대한 공익이 걸린 문제인 것은 사실입니다. 그러나 같은 의료인이면서도 치료의 성격이 다른 한의사에게 침구술을 행할 독점적 자격을 부여하여 결과적으로 침구사가 되려면 한의사의 자격을 얻어야만 하도록 하는 것은 침구사가 되고자 하는 자들에 대하여 직업 선택상 지나친 피해를 가져오는 조치입니다. 침구사에 대한 국민건강과 공중위생상의 규제는 국가가 침구사가 되려는 자들로부터 침구업 자체에 대한 영업 신청을 받아서 적절한 치료행위로서 침구시술을 하는데 필요한 충분한 교육을 받고 자격을 이수한 자에 대하여 허가를 주고 이를 사후관리하는 방법에 의하여 얼마든지 실현될 수 있습니다. 여기에 더하여 침구술과는 기본적으로 무관한 한의사로서의 자격을 요구하는 것은 침구사가 되려고 하는 자에게 입법목적과 관계없는 필요 이상의 부담과 피해를 발생시키는 조치로서 기본권 침해의 최소성의 요구에도 위반하고 있습니다.

#### (라) 법익의 균형성

이 사건 조항들에 의하여 보호하는 법익은 추상적으로는 국민의 건강과 공중위생 안전이라고 하겠으나 구체적으로는 침구술을 시행할 권한을 부여받은 한의사 집단의 침구독점권이라고 하겠습니다. 이에 대하여 이 사건 조항들에 의하여 제한되는 법익은 한의사가 아니라 침구사가 되려고 하는 자의 직업 선택의 사익이라고 할 것입니다.

우선 이 사건 조항들로 인하여 보호되어야 할 공익은, 한의사의 침구독점이 아니라

도 독일의 경우와 같이 별도의 침구사 제도를 도입하여 면허 등의 방법으로 적절히 규율하면 충분히 실현될 수 있는 대체성이 있는 것인 반면, 침해되는 사익은 침구사가 되려고 하는 자들의 직업 활동을 완전히 차단당하는 중대한 것이므로 공사익 간의 균형은 무너져 있습니다.

또한 이 사건 조항들로 인한 한의사 집단의 침구에 관한 이익은 그 독점권의 유지에 있는 바, 이 독점권이 해소된다고 하더라도 한의사는 침구사와 병행하여 침구술을 할 권리가 방해당하는 것은 아니므로 한의사의 침구에 관한 본질적 이익이 침해당하는 것은 아닌 반면, 이 사건 조항으로 한의사의 침구독점권이 인정됨으로써 침구사가 되려고 하는 자들이 받는 손해는 침구의 직업활동을 완전히 차단당하는 중대한 것이므로 이 점에서도 법익의 균형은 무너져 있다고 할 것입니다.

#### 다. 평등권의 침해

##### (1) 법 리

(가) 헌법 제11조 제1항의 평등 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금합니다. 평등 원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법 적용에 관련하여 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 합니다. 비교 대상을 이루는 두 개의 비교집단의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해한 것으로 볼 수 있습니다. 그러나 서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제됩니다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있습니다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

(나) 평등 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심

사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는 바, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 합니다. 엄격한 심사를 한다는 것은 합리적 이유의 유무만을 심사하는 자의금지원칙에 따른 심사에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미합니다.(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770.)

## (2) 이 사건에의 적용

### (가) 비교집단의 존재

1962년 군사정부의 국가재건최고회의가 제정한 의료법에 의하여 침구사 제도가 폐지되어 침구사집단은 축소 소멸의 과정을 겪었으나, 2011. 7. 28.과 2016. 7. 22. 두 차례에 걸쳐 대법원은 평생교육기관에서 일반국민에게 침구행위를 가르치는 것을 국가가 인위적으로 막을 수 없으며 침구교육기관의 운영은 합법이라고 판결하였습니다.

대법원의 이 판결 이후 침구시술을 할 수 있는 침구인 양성교육기관은 합법화되었고 이에 따라 전국 각지에 평생교육기관으로서 침구교육기관이 설립되어 많은 침구인력을 양성해 오고 있습니다. 대표적으로는 서울에 정통침뜸 평생교육원이 존재하고 여기서는 전 과정 12개월의 침뜸교육과정이 개설되어 있고, 수료 후 정회원 시험이 실시되어 합격하면 정통침구학회의 정회원이 되도록 하고 있습니다. 또한 전국에서 여러 침구평생교육기관 등 각종 침구교육기관들이 적법하게 침구술 교육과정을 실시하고 있습니다. 침구교육은 헌법 제31조 제6항에 보장한 바 국민의 평생교육의 일환으로 널리 실시되고 있으며 그 결과 현재 우리나라의 민간 침구인 층은 약 30만명에 이르는 것으로 추산되고 있습니다.

이처럼 최근 침구교육기관의 합법적 활동으로 침구인의 수는 대폭 증가하였고 침구인 집단은 사회적 비중을 가진 충분한 규모로서 이 사건 조항들의 적용에서 법적으로 달리 취급되는 한의사 집단과 비교되는 집단을 형성하고 있습니다.

#### (나) 심사의 척도

청구인들은 이 사건 조항들로 인하여 침구시술을 금지당하여 그 침구사로서의 직업 선택의 자유를 완전히 제한당하고 있습니다. 그들이 침구교육을 받고 익힌 침구술을 실행하려면 한의사 면허시험에 합격하여 한의사가 되어라는 것인데 이는 곧 ‘한의사와는 독립된 침구사’라는 직업의 자유 자체를 허용하지 않는 것을 의미합니다. 그러므로 이 사건 조항들은 한의사가 아닌 침구사 집단의 직업선택의 자유와 아울러 이들로부터 간편하고 경제적으로 침구시술을 받고자 하는 일반국민인 의료소비자의 의료행위 선택권을 중대하게 침해하는 것으로서 비례의 원칙에 의한 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것입니다.

#### (다) 비례의 원칙 위반

##### ① 차별 목적의 정당성 결여

앞서 본 바와 같이 우리나라에서 고래로 발전한 의술은 한방의술과 침구의술로 구분됩니다. 그리고 적어도 조선시대 이후 경국대전 등 국가규범상의 직제로 한약처방과 조제투여를 시술하는 ‘약의’와 침구시술을 행하는 ‘침의’가 구분되어 각각 독립한 의술 직역으로 발전해 왔습니다. 이러한 민족 고래의 의료제도는 서양의학이 전래되고 난 후 일제강점기에도 그대로 이어지고 해방 후 국민의료법에 의하여 한의사 제도와 침구사 제도가 도입된 바 있습니다. 그리하여 한의사는 약의로서 한약의 조제처방을 업무로 하고, 침구사는 침구술을 업무로 하는 등 각자에게 전문성이 있는 업무영역을 맡아 행하였습니다. 그러나 5·16 쿠데타로 들어선 군사정부는 의료근대화를 명분으로 서양의 제도만 남겨두고 한의사와 침구사 등 동양 고래의 의술을 쓰는 직업을 모두 폐지할 것을 시도하였지만 한의사 층은 이에 강력히 반발하여 그 직업이 보존되었으나 상대적으로 힘이 약했던 침구사 층은 군사정부에 대항하여 제도를 지키지 못했습니다. 그 결과 침구사 제도는 폐지되었고 침구의술은 잔존하는 침구사 외 자격있는 행위주체가 없어진 소멸단계로 들어가다가, 법률이 아닌 하위 명령규칙의 변경에 의하여 한의사 국가시험에 침구학을 넣었다는 것을 근거로 하여 한의사의 업무영역으로 슬그머니 편입되었습니다.

당초 군사정부의 의료개혁의 목표는 ‘낙후와 빈곤의 원인인 불합리한 전통의 잔재

를 없애고 의료제도의 근대화를 이루겠다'는 것이었고 이러한 개혁목표 자체도 침구학의 유용성이 세계적으로 인정되어있는 지금의 시각에서는 정당한 것이었다고 평가하기 어렵습니다. 이에 따라 한의사와 침구사 등 전통의료제도를 폐지시키는 추진과정에서 한의사 계층의 반발과 실행행사에 못이겨서 한의사제도는 없애지 못하고 존치시킨 반면 침구사제도만 그대로 폐지하게 되었는데, 이로 인하여 발생하게 된 한의사와 침구사 양 계층의 법적 차별은 어떠한 합리적 명분도 가지지 아니합니다. 이는 당초에 군사정부조차 의도하지 아니하였던 결과이기 때문입니다. 그저 군사문화에 따라 제도 변경을 추진할 당시의 사회계층의 역학관계를 반영한 우연한 결과적 산물일 뿐, 아무런 합리적인 정당 사유를 가지지 아니합니다.

## ② 차별 수단의 적합성의 결여

차별목적이 정당하지 아니한 이상 차별수단의 목적 적합성은 따져볼 필요조차 없으나, 한의사에 비교하여 침구사는 의학적 교육이 부족하고 의료인으로서의 능력과 자질이 부족하여 국민건강과 위생의 보호를 위하여 차별한다고 상정하여 본다고 하더라도 양 계층의 이러한 차별의 내용은 목적에 대한 수단 적합성이 없습니다.

원래 조선시대 등 전통적으로 한방의와 침구의가 구분되어 온 이유는 한방의는 수많은 약재(藥材)에 대하여 철저히 공부하고 적절한 처방을 하는 것을 교육받아야 하는 분야인데 반하여 침구의는 이러한 의학적 공부에 의한 박식(博識)보다는 침구에 관한 기본원리를 익혀서 실제 시술의 경험에 의하여 체득(體得)해나가야 하는 분야인 점에서 전혀 다르기 때문입니다. 침구인 양성에는 복잡하고 장기간이 소요되는 약재 처방 중심의 한방의학 교육이 필요하지 아니하며, 이것은 침구사교육이 한의사교육과 서로 다른 본질적 차이점입니다.

그리고 각종 약재를 인체에 투여하는 한방시술에 비하여 몇몇 경혈 부위를 침과 뜸으로 자극하는 데 불과한 침구술은 인체에 약재를 투여하는 한방의료술에 비교하여 인체 건강에 미치는 위험의 정도가 현저히 낮습니다. 또한 침구술이 간단한 시술방법에 비하여 각종 노환과 통증 완화 등에는 탁월한 효과를 가진다는 점은 서양의학 측에서조차 인정하고 있습니다. 한의사로서의 정규교육을 받지 못하고 한약처방을 할 수 없다는 이유로 침구의로서의 자질과 능력이 모자란다고는 전혀 말할 수 없습니다. 따라서 한의사가 아니면 침구술을 할 수 없다는 입법적 강제에 의하여 침구술에

관하여 한의사와 침구사를 차별하는 것은 국민보건 위생의 증진을 위한 그 어떠한 사유에서 보더라도 적절한 수단이 될 수 없습니다.

### ③ 차별로 인한 피해의 최소화 및 법익의 균형성 여부

위에서 본 바와 같이 한의사 침구독점으로 인한 한의사와 침구사의 차별 취급은 그 차별의 입법목적에서부터 아무런 정당성이 없고, 차별수단으로 한의사 아닌 본래의 침구전문가에게 침구시술을 전면 금지한 것도 차별의 적절성을 이미 상실한 것입니다. 그러므로 이 사건 조항들에 의한 침구사의 한의사에 대한 차별은 그 피해의 최소성과 법익의 균형성을 따질 필요도 없이 평등원칙에 위반하고 있습니다.

### ④ 소 결

그렇다면 새로운 침구교육에 의하여 형성된 침구인 계층들에 대하여 여전히 침구시술을 금지하고 한의사 계층에게 침구시술의 권한을 독점시키고 있는 이 사건 조항들은 그러한 입법 내용이 처음 도입될 당시부터 정당하고 합리적인 사유를 가지지 아니한 채 시행되어온 것으로 차별 목적의 정당성이 없고, 침구에 관하여 교육받은 본래의 침구인들은 침구시술을 할 수 없게 금지하는 한편 한약의 처방과 제조를 위주로 하는 한의사에게만 침구술을 독점시키는 것은 차별 수단의 적절성도 없으므로 더 나아가 평등 심사를 할 것도 없이 평등원칙에 위배되고 청구인들의 평등권을 침해합니다.

## 라. 명확성 원칙의 위배

### (1) 법 리

기본권을 제한하는 법률은 그 내용이 명확하여야 합니다. 기본권을 제한하는 법률의 내용이 막연하면 집행기관은 자신들의 견해에 따라 기본권을 제한하게 되고 이는 입법자가 제정한 법률에 의하여 기본권의 제한이 이루어져야 한다는 원칙을 사실상 무용(無用)하게 합니다. 여기서 어느 정도 명확하여야 하는가 하는 명확성의 정도가 문제되는데, 상식을 가진 일반인이 그 규정의 문언을 읽었을 때 어떠한 행동이 금지되고 어떠한 행동이 허용되는지를 알 수 있는 정도가 되어서 자신의 행동을 용이하게

이에 맞추어 갈 수 있는 예측가능성이 있는지 여부에 따릅니다. 무엇을 금지하고 무엇을 허용하는 것인지 예측하고 자신의 행동을 이에 맞출 수 있는 정도로 족하며 모든 경우를 서술적으로 표현할 필요는 없다고 할 것입니다.

그리하여 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 규정의 보호법익과 금지된 행위를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 법률의 명확성에 배치되는 것이 아닐 것입니다. 그리고 규정에 대한 예측가능성 유무를 판단할 때는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 합니다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137; 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 93).

## (2) 새로운 사정변경과 이 사건 법률조항의 불명확성

이 사건 조항의 불명확성 여부에 관해서는 헌법재판소가 이미 2010. 7. 29. 2008헌가19 결정에서 4인의 법정의견으로 이 사건 조항 중 의료행위 부분이 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 내린 바 있습니다. 그 요지는 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례 등을 종합하여 보면, 이 사건 의료법 조항들 중 “의료행위”의 개념은 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말하고, 이는 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 법률 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다는 것이었습니다.

그러나 앞서 ‘헌법재판소의 결정 이후의 사정변경’에 관하여 말씀드린 바와 같이, 현재 결정 이후 침구행위의 의료행위 여부에 관한 한 어떠한 의학적 전문가가 이를 행하여야만 하는지 여부에 관하여 판례법 상 또는 법집행상 많은 새로운 혼란이 발생하고 있는 새로운 사정들이 발생하고 있습니다. 이제 일반상식을 가진 관련 국민들이 이 사건 조항과 그 해석만으로는 침구사에 의한 어떠한 행위가 금지되며 어떠한 행위

가 실질적으로 허용될 것인지 여부에 대하여 정확히 예측할 수 없어 그 행동을 결정할 수 없는 상황에 처하고 있습니다.

앞서 말씀드린 바와 같이, 뜸시술에 관해서 대법원은 2015년 2월 환자의 피부에 직접 닿지 않는 쑥뜸 시술 이른바 간접구(間接灸) 시술이 반드시 한의사만이 하여야 할 ‘의료행위’가 아니라고 판결하였고(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013도5852), 나아가 법원은 2018년 11월에 이르러 직접구(直接灸)라고 하더라도 썩씨 60도 정도가 나오는 쌀알 반알 만한 크기(半米粒)의 뜸이라면 의료인이 행하여야만 할 행위라고 보기 어렵다고 판결한 바 있습니다(2018. 11. 15. 대전지방법원 2018노1703). 그런데 침구전문가가 보통 행하는 쑥뜸시술은 보다 효능이 좋은 직접구라고 하더라도 그 대부분이 쌀알 반알 정도의 작은 쑥의 시술이며 그 이상은 별로 필요하지도 않아 실행되지 않습니다. 그렇다면 이러한 최근의 법원의 판결들은 사실상 모든 쑥뜸행위를 판례법에 의하여 합법인 것으로 돌려놓고 있어서 종래의 의료행위의 의미 해석에 커다란 변화를 가져왔습니다. 침시술에 관하여도 이미 대법원은 수지침의 경우에는 반드시 한의사에 의하여 행해지지 않아도 되는 정당행위인 것으로 판결하여 왔습니다(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389). 그리고 법원은 체침의 경우 한의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당한다는 판결을 내고 있지만, 정부는 이를 그대로 따르지 않고 2016년 9월 안마사의 업무범위 중에는 자극요법으로 3호침 이내의 침사용을 허용한다는 지침을 고수하면서 수사기관과 전국의 지방자치단체 등에 이를 통보하였습니다. 그런데 침구전문가가 행하는 침시술에 있어서 90% 이상의 대부분의 경우는 3호침과 그 이하 규모의 침을 사용할 뿐이고, 더 큰 침은 실제로 거의 사용되지 않습니다. 법원의 판결에도 불구하고 법의 집행은 행정부의 권한이므로 행정부의 통치권에 놓인 국민은 구체적인 경우 무엇이 법인지에 관하여는 일차적으로 행정부의 방침에 따라 움직일 수밖에 없을 것입니다. 행정부가 사건을 적발하여 기소하지 않는 이상 법원은 판단 기회조차 없을 것이기 때문입니다. 침구시술을 침구사가 하면 불법인데, 안마를 하는 안마사와 한약처방을 하는 한의사가 하면 괜찮다고 하는 것은 직업의 본질이 뒤바뀐 것으로서 일반 국민으로서는 상식적으로 믿기 어려운 부분이고, 결국 문제가 생기면 법원에 가서 소송을 해야 하는데 그 결과도 자꾸 뒤바뀌므로 구체적 상황에 따라 어떻게 나올지 알 수 없다는 것이 지금까지의 경험입니다.

결국 우리 의료사회에서 대부분의 침시술의 허용 주체에 관하여 한의사·안마사 또

는 침구사 간에 심각한 법적 혼란과 불안정이 초래된 상태에 빠졌으며, 통상의 법감정을 가진 의료소비자 또는 침구사 등 국민들은 평소에 어떻게 자신의 행위를 결정해 나가야 할 것인지 제대로 알 수 없게 되었습니다. 이러한 사정은 이 사건 법률조항의 구체적 의미의 불명확성을 발생시키는 것이라고 생각합니다.

## 마. 적법절차 원칙의 위배

### (1) 법 리

헌법 제12조 제1항 제2문 중 ‘누구든지 … 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니한다’고 하여 적법절차의 원칙을 천명하고 있습니다. 그러나 적법절차 원칙은 단지 위 헌법조항의 언급 부분뿐만 아니라 일반적으로 기본권을 제한하는 모든 국가작용에 적용되며 입법작용도 국가작용이므로 기본권을 제한하는 법률은 법률을 제정할 당시 이해관계가 있는 국민들의 의견을 충분히 수렴하는 절차를 거친 다음 제정되어야 합니다. 특히 이와 같은 국민적 의견의 수렴절차를 거치지 않고 일부 권력담당자의 임의적 의사에 의하여 제정하면 적법절차의 위반으로서 헌법적 정당성을 상실할 것입니다. 이에 관하여 헌법재판소는 “적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단”한다고 판시한 바 있습니다.<sup>34)</sup>

### (2) 이 사건에의 적용

이 사건 조항들이 의료인인 한의사 아니면 침구행위를 할 수 없도록 금지하게 된 것은 5·16 쿠데타 후 군사정부에서 만든 국가재건최고회의가 1962년 종래의 국민의료법을 의료법으로 개정하면서 침구사 제도를 폐지시켜 버린 데에서부터 시작하였습니다. 국가재건최고회의는 쿠데타 주도세력이 정변 직후 ‘군사혁명위원회’에서 이름을

34) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상 1, 18면.

바꾸어 발족시킨 입법·행정·사법의 3권을 행사했던 통치기구입니다. 당시 군사정부는 한의사와 침구사, 안마사와 같은 동양의학의 전통에서 나온 의료업을 모두 일거에 없애려고 하였는데, 이미 제도의료에 편입되어 기반을 잡고 있던 한의사의 강력한 반발로 한의사만 남겨두고 침구사 제도는 완전히 폐지하였습니다. 그 과정은 많은 의료종사자의 이익과 생계가 달린 전통적 의료제도의 한 부분을 갑자기 소멸시키게 되었음에도 불구하고 이러한 대규모 기본권 제한조치를 실행하는데 있어서 사전에 거쳐야 할 세심한 검토나 의견 수렴의 과정이 전혀 없었고, 단지 비과학적 의료행위를 근절한다는 식으로 무조건 폐기시켜 버렸습니다. 조직력이 약했던 침구계 인사들은 군사정부의 조치에 제대로 반대하지도 못하고 이 침구사 폐지 입법은 그 후 수차례의 의료법 개정에도 그대로 존속하여 현행의 제도에 이르고 있는 것입니다. 이 최초의 입법과정은 그 입법주체의 위헌적 본질을 차치하더라도, 국가의료 제도의 한 부분을 소멸시킴으로써 침구의료 소비자인 국민과 당해 직업계층의 법익에 대한 중대한 제한을 가하는 조치로서 이를 행하는 데에 있어서 마땅히 요구되는 국민과 이해관계인들의 충분한 의견수렴을 거쳐야 함에도 불구하고 아니한 것으로 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙에 위반됩니다.

물론 여기서 당시 쿠데타로 국가기관의 기능이 마비된 상태이므로 ‘군사정부의 국가재건최고회의에서 제정하였다는 이유만으로’ 그 입법기관성을 부정하고 절차적 위헌이라고 주장하는 것은 아닙니다.<sup>35)</sup> 그러나 국민에 의하여 선출된 정당한 입법기관이 제정한 국회에서 제정된 법률이라면 적법절차의 원칙의 적용을 받게 될 것인데, 오히려 ‘국가재건최고회의에서 제정되었다는 이유 때문에’ 적법절차의 원칙이 면제될 수는 없을 것입니다. 군사정부의 통치기관에서 한 입법이기 때문에 그 자체로 위헌이라는 것이 아니라 모든 입법과정에 적용되는 적법절차의 원칙은 여기서도 적용되어야 한다는 것입니다.

헌법상 적법절차에 위배한 국가재건최고회의 제정 의료법의 침구사 제도 폐지규정은 자구 변경 외에는 그 내용을 수정없이 그대로 현행 의료법으로 옮겨와 있으므로 현행 의료법은 위 규율 부분에서 국가재건최고회의 입법과 동일한 법조항에 해당합니다. 따라서 국가재건최고회의 입법의 절차적 하자는 그대로 승계되어 있다고 할 것이므로 이 점에서도 이 사건 법조항들은 헌법에 위반됩니다.

35) 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45. 참조.

## 바. 국민보건과 고령자 보호에 대한 국가의무의 위배

### (1) 법 리

헌법 제34조 제1항은 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다’고 하고, 제2항은 ‘국가는 사회보장·사회복지에 노력할 의무를 진다’고 하고, 제5항은 ‘노령 기타의 사유로 생활 능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다’하며, 나아가 헌법 제36조 제3항은 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다’고 규정합니다. 특히 헌법재판소는, ‘헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다’고 판시한 바 있습니다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 491).

이 헌법규정들의 의미를 종합할 때 헌법은 국가에게 국민의 생존보장 그 중에서도 특히 생활무능력자인 노령자의 보건을 보호하기 위하여 국가가 할 수 있는 모든 노력을 다하여야 한다는 특별한 헌법적 의무를 부과하고 있다고 할 것입니다.

일반적으로 국민의 인간다운 생활을 위한 급부와 배려를 이행할 국가의무는 국가의 경제적 능력과 재정상태가 이를 뒷받침할 수 있어야 현실적으로 실행될 수 있으므로 이러한 국가의무는 국가의 경제적 능력이 허용하는 범위 내에서의 최소한의 보장이 된다면 헌법적 기준을 충족하는 것이라고 말하여집니다. 이러한 헌법적 기준은 원칙적으로 타당하지만, 반대로 국가가 헌법이 특히 관심을 가지고 명문으로 요구하고 있는 국민보건 보호 분야에서 필요한 조치가 ‘국가재정의 별다른 부담이 없거나 아니면 오히려 국가재정이나 국민부담을 줄이는 방향으로’ 실현될 수 있다면 이러한 정책을 채택하고 실행하여야 할 국가의무의 기준은 더 높이 보아야 마땅할 것입니다.

즉 국민보건과 노령화의 상황에 비추어 별다른 국가재정의 확대 부담이 없이도 헌법적 요구에 부응하는데 채택될 수 있는 적절한 정책이 있음에도 불구하고 이를 채택하지 아니하는 것은 위 헌법규정들이 요구한 국가의 보호의무의 위반에 해당하며, 다

만 이를 채택함에 있어서는 관련된 공익과 제반 이해관계 집단의 사익들이 충돌할 수 있으므로 적어도 이들 법익들 사이의 ‘법익의 균형’이 이루어지도록 배려하여야 할 것으로 생각합니다.

## (2) 이 사건에의 적용

앞서 살펴본 바와 같이 우리 사회의 고령화 진전 속도는 세계 최고 수준이며, 2018년을 기준으로 유엔이 설정한 완전 고령사회에 진입하였습니다. 국민 전체의 약 15%를 구성하는 65세 이상 고령자의 의료비는 전체 국민의 의료비의 40%를 차지하고 있으며, 일인당 의료비 또한 일반 국민의 약 3배에 이릅니다. 고령자 의료비의 급격한 증가는 우리 의료재정을 조만간 파탄의 위기로 이끌고 있고 관련된 의료체계를 합리화하지 않으면 안될 급박한 사정에 도달하고 있습니다. 국가 의료재정의 팽박과 파탄은 국민보건 보호체제 전체를 훼손할 뿐 아니라 고령자 보호 또한 마찬가지로 제대로 이행될 수 없도록 할 것이므로 국가는 이를 방지하기 위한 최선의 노력을 다할 헌법적 의무가 있다고 할 것입니다.

65세 이상의 고령자는 전반적으로 건강상태가 열악하고 대부분 만성질환자로서 뚜렷한 병명을 알 수 없고 지속적 통증이 있어서 계속 병원을 찾아다니는 특성이 있습니다. 그 과정에서 결국 3차의료기관인 대형병원을 가게 되지만 고가의 진료를 받고도 치료효과가 미미하고 완치가 불가능한 경우가 많아 국가적 의료재정 부담의 요인이 되고 있습니다. 앞서 본 바와 같이 침구술은 약물과 수술방법을 쓰지 않고 기혈통로인 경락과 경혈을 자극해 몸 전체의 기혈순행을 돕고 면역력을 증강시켜 인체 자체의 자연치유와 예방을 기하는 치료로서 만성치료와 통증 완화에 특별한 효과가 있는 것으로 인정되어 있습니다. 고가의 의료장비나 장소에 구애받지 않아 고령자들의 거주비율이 높은 무의촌 지역에 쉽게 접근하여 시술할 수 있는 기동성을 가집니다. 이러한 침구술을 1차의료로 보편화시켜 활용한다면 의료비 부담을 크게 줄일 수 있고, 이를 통한 국가의 의료재정 부담도 완화시켜 국민보건 일반의 보호에 대한 국가능력을 향상시킬 것입니다.

이 사건 조항들이 한의사가 아닌 침구전문가의 침구시술을 일반적으로 금지함으로써 고령사회에 진입한 우리 의료체계의 위와 같은 효율화를 가로 막고 있으며, 이에 따라 국가는 의료재정의 부담을 줄이면서 헌법이 요구하는 국민 보건과 노령자의 보

호에 관한 의무를 적절히 이행하지 못하게 하고 있는 것입니다.

또한 침구전문가에게 침구술을 허용한다고 하여도 한의사가 침구술을 습득하여 침구행위를 하는 것을 방해하는 것이 아니며 다만 그동안 이 사건 조항들에 의하여 한의사가 가졌던 침구독점권이 해소될 뿐입니다. 그러므로 한의사의 기득권 이익에 대한 제한은 크지 아니한 반면 자신의 본래의 의료적 기능 수행이 가로막혀 있던 침구사의 직업상의 손해는 완전히 해소되는 효과를 가져옵니다. 더구나 침구사와 한의사가 공히 1차의료로서 기능하여 노령자 치료비의 경감을 실현해 준다면 국민보건과 노령자의 보호의 공익 실현은 크게 신장될 것입니다. 이와 같이 볼 때 한의사와 침구사 및 국가간의 공·사익의 균형을 취하기 위하여서는 한의사의 침구독점권을 이제 폐지하고 침구사의 침구시술을 허용하여야만 하며, 이를 통하여 국가는 국민보건과 노령자 보호의 헌법적 의무를 준수하는 것이 된다고 할 것입니다.

#### IV. 결 론

(1) 이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 심판대상 조항들은 우리나라의 전통적 의료제도인 침구사 제도에 의한 침구인의 침구시술을 전면적 일괄적으로 금지·처벌하면서 침구시술권을 한의사에게 독점시키고 있습니다.

(2) 지난 10년간 침구사 제도를 둘러싼 우리나라의 국가사회적 환경은 다음과 같이 변화되었습니다.

① 우리나라는 고령화의 진전으로 2018년 유엔이 인정하는 고령사회에 진입하여 고령자의 1차의료로서의 전문침구사에 의한 침구시술의 수요가 급증하고 있고,

② 평생교육기관에서의 침구교육의 합법화 등으로 침구전문 인력이 크게 증가 중에 있으며,

③ 침구교육을 받은 우리 국민들이 침구세계화의 추세에 맞추어 국제적 침구활동을 확대하고 있어서 국제적 규범과의 상충을 해결할 법적 수요가 증대하고 있으며,

④ 최근의 법원 판례와 법집행 실무의 변화로 침구시술의 구체적 허용범위가 계속 유동적으로 변화하고 있으며,

⑤ 최근 우리 사회의 민주화의 진전으로 과거 군사정부의 잘못된 정책들의 시정 요구가 갈수록 커지고 있습니다.

이제 최근의 이러한 국가사회적 사정 변경을 기초로 하여 이 사건 조항들의 위헌성을 확인하여야 할 단계에 이르렀습니다.

(3) 이 사건 조항들은 다음과 같이 헌법에 위반되어 국민의 기본권들을 침해합니다.

① 이 사건 조항들은 제도권 의료에 의하여 의료수요를 충족하지 못하는 국민들의 의료행위 선택권과 치료의 자유를 과잉되게 침해하고,

② 침구전문교육을 받고 침구업을 하고자 하는 침구인들에게 무관한 한약처방 위주의 한의사 면허를 받을 것을 강요하여 직업선택의 자유를 불합리하게 침해하며,

③ 한의사에게만 침구독점권을 부여하고 침구교육기관의 합법화로 새롭게 형성된 침구사 계층의 침구시술을 금지하여 차별함으로써 평등권을 침해하고,

④ 최근 새롭게 형성되는 판례와 이에 상충되는 정부의 법집행 등으로 수범자인 국민들이 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 허용되는지 제대로 판단할 수 없어 법률 명확성의 원칙에 위배되며,

⑤ 5.16 군사정부의 동양의료 전면폐지의 정책 추진과정에서 침구사들의 의견과 국민여론을 전혀 수렴하지 아니한 채 강행된 결과로서 적법절차의 원칙에 어긋나고

⑥ 노령사회에 진입한 우리나라의 의료체계에서 경제적이고 효율적으로 대처할 의료수단을 전면 금지시킴으로써 헌법이 요구하는 국민보건과 노령자 보호의 국가의무에 위배됩니다.

(3) 이 사건 조항들은 이상과 같이 불완전·불충분·불공정한 차별적 입법으로서 헌법에 위반되어 국민의 기본권들을 침해하므로 청구취지와 같은 결정을 내려 주시기 바랍니다.