

III

의료법상 규제 국면

앞서 2022년 8월 23일 금융위원회의 보험업권 헬스케어 활성화 지원 대책과 관련하여, 금융위원회가 의료법의 규제 완화 혹은 검토가 필요하다고 지적한 부분은 다음과 같다.

첫째, 헬스케어 업무범위 확대와 관련하여 당시 보건복지부의 제2차 「비의료 건강관리서비스 가이드라인」에서 비의료 건강관리서비스의 범위가 협소하여 보험회사가 다양한 헬스케어 서비스를 출시하는 것이 어렵다는 것이다. 위 가이드라인에서 의료인이 수행하는 의료행위가 아니면서 비의료기관도 제공이 가능한 헬스케어 서비스의 범위가 모호한데, 특히 가능한 비의료 건강관리서비스로 적시된 건강통계를 분석·제공하는 것은 가능하지만 질환의 발병 예측률을 함께 제시하는 것은 의료행위에 해당하기 때문에 허용되지 않는다는 해석으로 인해 보험회사가 고객을 상대로 헬스케어 서비스를 제공하는 것이 쉽지 않는다는 것이다. 이 때문에 금융위원회에서는 보험회사의 헬스케어 업무범위 확대를 위해 「비의료 건강관리서비스 가이드라인」의 개정을 보건복지부와 협의 하에 진행하겠다고 설명하였다.

둘째, 헬스케어 자회사의 다양한 업무를 가능하게 하여 보험회사들이 헬스케어 자회사에 대한 투자를 적극적으로 할 수 있도록 도모하겠다는 것이다. 2021년 보험업법 시행령의 개정으로 보험회사는 ‘건강 유지 증진 또는 질병 사전 예방 등을 위한 업무’를 영위하는 자회사를 소유할 수 있게 되었으나,¹⁵⁾ 보험회사 자회사 업무 범위 규제는 제한적 열거 방식이기 때문에 자회사 수행 업무 중 열거되지 않은 업무가 있다고 판단되면 보험회사가 규제 위반의 법적 위험을 부담할 우려가 있어 헬스케어 자회사의 설립은 매우 미진하였다.¹⁶⁾ 금융위원회가 법령해석을 통해 ‘보험회사 헬스케어 자회사의 선불전자지급수단 발행·관리 업무 영위가 가능한지 여부’에 대해 ‘헬스케어 업무수행에 필요한 범위 내에서 업무 영위가 가능하다’라는 해석을 내놓았지만¹⁷⁾ 타법인 의료법이나 식품위생법 등과의

15) 2014~2015년 무렵부터 헬스케어 서비스, 핀테크 등 보험회사의 업무영역 확대가 본격 논의되기 시작하였는데, 헬스케어서비스나 핀테크 등 신산업 분야 기업을 자회사로 소유할 수 있는 근거 규정이 없어 해외 사례에 뒤처지고 있다는 평가를 받아왔음; 양승현(2022), p.12

16) 금융위원회의 2022. 8. 23. 기준으로 헬스케어 자회사를 설립한 보험회사는 2개에 불과하였음

관계에서 법적 문제가 여전히 상존하였다.¹⁷⁾ 금융위원회는 그 개선을 위해 헬스케어에 부수·연관된 업무 - 기업·개인 대상 건강상담·실천 프로그램 및 관련 서비스, 헬스케어 관련 물품의 도소매 판매·중개·배송, 헬스케어 관련 소프트웨어 개발·판매, 관련 시설 운영 등 -를 의료법 등에서 금지하지 않는 한 허용 가능하도록 하겠다고 발표하였다. 이러한 개선을 통해 소비자가 하나의 앱에서 건강관리기기를 구매하면서 체육시설 등록·이용이 가능하며, 건강상담도 제공받을 수 있을 것으로 예측하였다. 또한 금융위원회와 금융감독원이 2025. 3. 16. 제7차 보험개혁회의에서 보험회사의 자회사가 요양, 건강관리 등 헬스케어와 장기 임대 관련 신규 업무를 수행하면서 전문의를 통한 건강상담 서비스 업무를 건강관리 서비스의 일환으로 가능하도록 규제 완화가 필요하다는 것이다.¹⁹⁾

그러나 현재 이루어지고 있는 보험회사의 헬스케어 사업이나 금융위원회와 금융감독원이 규제 완화를 요청하고 있는 범주 내에서 의료법과 충돌의 여지가 있는 부분을 정리하자면, ① 비의료기관인 보험회사가 제공 가능한 헬스케어 서비스의 범위 중 간호사와의 상담이나 건강통계를 분석·제공하면서 고객의 질환 발병을 예측하는 것은 그 내용에 따라 ‘진단’ 행위로 파악될 경우 무면허 의료행위에 해당할 수 있고, ② 간호사 등이 의료기관에 진료예약을 하는 과정에서 의료법에서 금지하는 영리 목적 환자 유인행위에 해당할 우려가 있다. 또한 ③ 전문의와의 상담이 유선 혹은 비대면으로 의사가 의료기관이 아닌 보험회사의 고객에 대한 서비스의 일환으로 진료행위를 수행하는 양상을 보일 경우 의료기관 개설규정(부수적으로 원격의료)에 반할 여지도 있다.

이하에서는 위와 같은 보험회사의 헬스케어 사업의 활성화와 관련하여 현행 의료법상 충돌의 소지가 있는 각 규정 및 그에 관한 우리나라 판례의 태도를 살펴보고자 하겠다.

17) 금융위원회 법령해석 회신문(제220149)

18) 양승현(2022), pp.15~16

19) 금융위원회·금융감독원 보도자료(2025. 3. 19.), “보험산업이 국민의 든든한 동반자로 발돋움할 수 있도록 보험개혁종합방안(5대 전략, 74개 과제)을 추진합니다”, p. 6

1. 의료행위와 비의료 건강관리 서비스

가. 의료행위와 무면허 의료행위

현행 의료(Medical care)의 사전적 개념은 ‘의학적인 지식과 수단방법 즉, 의술로 질병을 진단하고 치료하는 것’²⁰⁾이라거나 ‘의술로 병을 고치는 일’²¹⁾인바, 이러한 구명(救命)행위라는 점 때문에 의료적 침습행위는 건강을 회복 또는 증진시키기 위한 것이라는 측면에서 상해가 아니라고 파악해 왔다.²²⁾ 그러나 현행법상 의료행위의 요건이나 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않고 있기 때문에, 어떠한 행위가 의료행위에 해당하는지 여부는 법원과 헌법재판소의 판단에 의존하고 있다.

1) 현행법 규정

가) 의료행위에 대한 정의

현행 의료법(법률 제20593호, 2024. 12. 20., 일부개정된 것) 제12조 제1항에서는 의료행위를 “의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”이라고 하고 있지만, 구체적인 의료행위의 내용이 무엇인지에 대하여는 규율하고 있지 않다. 한편 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(법률 제20445호, 2024. 9. 20., 타법개정된 것) 제2조 제1호의 경우에도 의료행위를 “보건의료인이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위”로 지칭하고 있지만, 동 조항 역시 의료행위의 세부 범위를 규정하지는 않았다.

나) 무면허 의료행위에 대한 규제

의료법 제27조는 ‘무면허 의료행위 등 금지’와 관련하여 제1항에서 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”고

20) 노태현(2010), pp. 13~16

21) 국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>)

22) 임상규(2019), pp. 128~129

하고 있다. 이에 따르면 무면허 의료행위는 의료인이 아닌 자, 즉 비(非)의료인이 의료행위를 한 경우와 의료인이 자신의 면허된 범위 외의 의료행위를 한 경우로 나뉘어진다.

이 중 의료인이 면허 사항 외의 의료행위를 하여 무면허 의료행위에 해당하는 경우 의료법상 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금에 처하게 되며(제87조의2 제1항 제2호), 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하게 한 자 역시 동일한 법정형에 처하게 된다(제87조의2 제1항 제3호). 또한 누구든지 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하게 하여서는 아니 되는바(제27조 제5항), 만약 법인의 대표자나 법인이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 무면허 의료행위를 교사하게 되면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다(제91조).

2) 대법원과 헌법재판소의 태도

가) 대법원의 태도

대법원은 초기에 치과의사가 외과 수술에 필요한 마취기술 등 수술용 기구와 약품을 갖추고 고풍 수술, 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등 성형수술을 한 것에 대하여 “미용성형수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만(이러한 의미에서 의료행위에 준하는 행위라고 하겠다) 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형수술을 그들의 본래의 의료행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것 인즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제19조제2항의 품의손상 행위로서 치과의사나 일반의사의 업무의 정지등 행정조치를 함은 별론이거니와 이 사건 미용성형수술이 오직 일반 의사에게만 허용되는 의료법 제25조²³⁾ 소정의 의료행위에 속하는 것이라고 단정할 수는 없다는 취지에서 피고인이 일반의사의 면허 없이 위와 같은 성형수술을 하였다고 하더라도 의사가 아니면서 의료행위를 한 것이

23) 의료법 [시행 1962. 3. 20.] [법률 제1035호, 1962. 3. 20., 전부개정된 것] 제25조 (무면허자의 의료업무금지) 의사가 아니면 의료를, 치과의사가 아니면 치과여료를, 한의사가 아니면 한방여료를, 조산원이 아니면 조산업무를, 간호원이 아니면 간호업무를 행하지 못하며 또한 각 그 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못함

라고 할 수 없으니 이는 의료법 제25조 위반의 죄가 될 수 없다”고 하여²⁴⁾ ‘의학적 적응성 (醫學的 適應性: medizinische Indiziertheit)’²⁵⁾이 존재하여야만 의료행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 2년 뒤 대법원은 비의료인이 시행한 코 높이기 성형수술에 관한 사건에서 의학적 적응성이 없더라도 의료기술의 시행방법이 요구되고 신체에 대한 침습성과 위험성이 존재한다면 의료행위로 파악하여야 한다고 하여 종래의 견해를 전원합의체를 통해 변경하였다.²⁶⁾ 즉, 대법원은 “구의료법 제25조의 규정에 의하면 의사가 아니면 의료행위를 하지 못하게 되어 있고 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 풀이하여 보면 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술등의 행위를 말하는 것이라고 할 것인바, 이는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편 구의료법 제25조에서 의료행위를 의사에게만 독점허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이라 할 것이다. 그러나 의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없는 것인바, 위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이다.”라고 하면서 “코 높이기 수술인 미용성형수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입 봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코 높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다.”고 설시하여 견해를 변경하였다.

이후 대법원은 “의료행위라 함은 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해를 행할 우려

24) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결

25) 이는 의료행위가 개인이나 국민 전체의 생명과 건강을 유지하는 것을 목적으로 하여야 한다는 것임.: E. Deutsch, Medizinrecht, 4.Auflage, Berlin Springer, 1999, s.3

26) 대법원 1974. 2. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결

가 있는 행위를 말한다 할 것인바, 의료인으로서 갖추어야 할 의학상의 지식과 기능을 갖지 않는 피고인이 지두로서 환부를 눌러 교감신경 등을 자극하여 그 흥분상태를 조정하는 소위 지압의 방법으로 원판시와 같이 소아마비, 신경성위장병 환자등에 대하여 치료행위를 한 것은 생리상 또는 보건위생상 위험이 있다”고 보아 의료행위에 해당한다고 판단하였다.²⁷⁾²⁸⁾

나) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 의료법상 의료행위에 대하여 “의료법의 입법취지와 각 규정내용 등에 비추어 보면, 의사의 의료행위는 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명·신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계에 있기 때문에 의료법에서 의사가 되는 자격에 대하여 엄격한 요건을 규정하고 있다는 점을 알 수 있고, 따라서 무면허 의료행위를 처벌하는 취지는 의료행위를 의사에게만 독점적으로 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명·신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 있다고 할 수 있다. 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 의료행위에는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계 없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다고 할 것이다. 대법원도 구 의료법 제25조 제1항의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다.”고 하여 대법원의 태도를 원용하고 있다.²⁹⁾ 그렇기 때문에 헌법재판소는 의료법에 의료행위의 요건이나 구체적 범위를 설정하지 아니한 것에 대하여 “의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정 및 의료행위의 개념에 관한 대법원 판례 등을 종합적으로 고려해 보면, 이 사건 법률조항들 중 ‘의료행위’의 개념은 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없다.”고 판단하기도 하였다.³⁰⁾

27) 대법원 1978. 5. 9. 선고 77도2191 판결

28) 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결

29) 헌법재판소 2024. 8. 29.자 2022헌마1680 전원재판부 결정

30) 헌법재판소 2010. 7. 29.자 2008헌가19 결정

또한 헌법재판소도 의료법상 무면허 의료행위를 금지하여 의료행위를 의료인에 대해서만 독점적으로 수행할 수 있도록 한 것이 직업선택의 자유를 침해한 것인지에 대해서도 “이처럼 의료행위는 가장 존귀한 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서, 이를 조금이라도 그르치면 그 피해는 영원히 회복할 수 없거나 회복이 어려운 것이다. 따라서 의과대학에서 기초의학부터 시작하여 체계적으로 의학을 공부하고 상당 기간 임상실습을 한 후 국가의 검증(국가시험)을 거친 사람에 한하여 의료행위를 하게 하고 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하게 함으로써, 사람의 생명·신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위 그 자체를 미리 막자는 것이, 이 사건 법률조항의 취지이다.”라고 하면서³¹⁾ “만약 의료인이 아닌 사람도 함부로 의료행위를 할 수 있다고 한다면, 감언이설을 동원한 사이비(似而非) 의료인이 창궐할 것이고 중병이나 불치병을 앓는 사람들은 이에 현혹되어 올바른 판단이나 선택을 하지 못하고 이들에게 자신의 생명이나 신체를 맡기는 일도 흔히 있을 것인데, 이러한 경우에는 국민의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생의 가능성을 예견하면서도 국가가 이를 방치하는 것이 된다. 이는 국민건강의 보호·증진을 도모하려 하는 국가의료제도의 목적(의료법 제1조, 제2조)에 반하고 전체 국민의 건강은 심각한 위협을 받게 될 것이다. 따라서 의료행위는 단순한 의료기술 이상의 ‘인체(人體) 전반에 관한 이론적 뒷받침’과 ‘인간의 신체 및 생명에 대한 외경심’을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 한다. 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있기 때문이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 가사 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없다. 이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 사건 법률조항들의 규제방법은, ‘대안이 없는 유일한 선택’으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다. 법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정 분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호·증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경

31) 헌법재판소 1996. 10. 31.지 94헌가7 전원재판부 결정

우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적인 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다. 즉, 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호·증진을 목적으로 하여(의료법 제1조) 합목적적으로 체계화된 것이므로, 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 이러한 위험 발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없다는 입법자의 판단이 입법재량의 범위를 넘었다고는 볼 수 없는 것이다. 그렇다면, 이 사건 법률조항들이 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 법률조항들로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.”고 하여 합헌이라고 판시한 바 있다.³²⁾

3) 죄형법정주의와의 관계

의료법 제27조 규정은 이러한 형사처벌의 기초가 되는 규정으로 구성요건해당성을 판단하는 근거인데, 위에서 본 바와 같이 의료법은 의료행위의 개념·범위를 구체적으로 정의하지 않아 국가형벌권의 확장과 자의적 행사로부터 시민의 자유를 보장하기 위한 형법의 최고원리인 죄형법정주의, 특히 명확성 원칙을 위배한 것인지 여부가 논란이 되고 있다.³³⁾

죄형법정주의 원칙은 ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다’는 것으로, 헌법 제12조 제1항 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”와 제13조 제1항 “모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다.”로 규정하고 있다. 동 원칙에서 나온 명확성 원칙은 ‘법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예

32) 헌법재판소 2010. 7. 29. 2008헌가19 결정

33) 김경제(2012), pp. 294~300; 김혁돈(2009), p. 155; 이동명(2012), p. 243

견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것'을 의미한다.³⁴⁾ 이렇게 형벌이 규정되어 있는 규정의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 이를 반드시 일의적이거나 순수한 기술적 요소로만 규정해야 하는 것은 아니다. 특히 사회 변화 등을 반영할 필요가 있는 법규의 경우에는 그러한 방식으로 규정하는 것이 불가능하거나 적절하지 않을 수 있다.

이에 관해서는 앞서 살펴본 대법원과 헌법재판소의 판단 중에서도 언급이 되기도 하였는데, 정리하자면 대법원의 경우 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결에서 “의료행위의 종류가 극히 다양하고 그 개념도 의학의 발달과 사회의 발전, 의료서비스 수요자의 인식과 요구에 수반하여 얼마든지 변화될 수 있는 것임을 감안하여, 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인한다.”고 위 규정이 명확성 원칙에 반하지 않는다는 판단과 함께 위와 같은 형태로 규정이 입법된 이유까지 설명하고 있다. 또한 헌법재판소도 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2017헌마217등 결정에서 “의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정 및 의료행위의 개념에 관한 대법원 판례 등을 종합적으로 고려해 보면, 심판대상조항 중 ‘의료행위’의 개념은 건전한 일반상식을 가진 사람이 일의적으로 파악하기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어렵다.”고 하였고, 같은 취지로 위 규정이 명확성 원칙에 반하지 않는다는 결정을 여러 차례 내린 바 있다.³⁵⁾

검토컨대, 의료행위의 개념은 대법원 판례에서 보듯이 “의학적 전문지식을 기초”로 하는 “보건위생상 위해가 생길 우려”가 있는 행위로 대변될 수 있는데, 이러한 해석과 관련하여 “의료인이 하지 않으면 안되는 행위”, 즉 “의료인만이 할 수 있는 행위”로 해석되어 의료행위는 의료인만 할 수 있는 행위이고, 의료인은 면허로 의료행위를 독점하는 사람이라는 순환논증에 빠질 수밖에 없다는 비난을 받는다.³⁶⁾ 그러나 헌법재판소에서 다년간 의료법 제27조가 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 일관하여 내리고 있는 것은 의료행위 개념의 불명확성이 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람에 의하여 충분히 구체화되어 해석될 수 있다는 것을 시사한다. 그렇기에 법원은 위 규정이 문제된 여러 사안에 대

34) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도920 판결; 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결

35) 헌법재판소 2016. 10. 27. 2016헌바322 결정; 헌법재판소 2022. 3. 31. 선고 2017헌마1343 결정; 헌법재판소 2022. 9. 29. 선고 2022헌마361 결정; 헌법재판소 2025. 7. 17. 선고 2024헌바369 결정

36) 이석배(2008), p.102

하여 헌법합치적 법률해석을 통해 불확정개념을 성공적으로 구체화함으로써 금지된 행위가 무엇인지 알 수 있도록 하여왔다고 보인다.³⁷⁾ 그러므로 의료법 제27조는 의료법의 입법 목적이나 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 갖춘 일반인의 이해와 판단으로 구성요건 요소에 해당하는 행위 유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석 기준을 찾을 수 있다고 판단되므로 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 판단된다고 할 것이다.

나. 보건복지부의 비의료 건강관리 서비스 가이드라인의 주요 내용

의생명과학기술의 발달로 백세시대로 접어들게 되고 저속노화와 건강관리가 화두가 된 추세를 반영하여 보건복지부는 의료행위와 구별되는 건강관리 차원의 서비스를 비의료기관이 수행할 수 있도록 비의료 건강관리 서비스 가이드라인(이하 ‘2차 가이드라인’이라 함)을 마련하였다. 이때 비의료기관이란 의료법 제3조에서 정하는 의료기관이 아니면서 체육시설업, 소프트웨어개발업 등 건강관리 서비스를 제공하는 것을 업으로 하는 자를 의미한다.³⁸⁾

1) 비의료 건강관리 서비스의 정의

2차 가이드라인에 의하면 비의료기관이 제공 가능한 비의료 건강관리 서비스는 “건강의 유지·증진과 질병의 사전예방·악화 방지를 목적으로, 위대한 생활습관을 개선하고 올바른 건강관리를 유도하기 위해 제공자의 판단이 개입(의료적 판단 제외)된 상담·교육·훈련·실천 프로그램 작성 및 유관 서비스를 제공하는 행위”라고 정의하고 있다. 그리고 그 제공의 방식은 이용자와 제공자간 대면 서비스, 앱 등을 활용한 비대면 서비스, 앱의 자동화된 알고리즘에 기반한 서비스 모두 가능하다고 하였다.³⁹⁾

37) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도3329 판결; 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013도5852 판결; 대법원 2021. 4. 29. 선고 2021도2640 판결

38) 보건복지부(2022), p. 2

39) 보건복지부(2022), p. 3

2) 비의료 건강관리 서비스의 유형

가) 건강정보의 확인과 점검

비의료인은 객관적 건강정보의 확인이나 점검을 제공할 수 있는데, 그 예시로는 ① 건강검진결과와 단순한 확인 및 개인동의에 기반한 자료의 수집, ② 웰니스 기기를 활용한 건강정보·지표인 체성분, 심박수, 걸음 수, 수면 패턴, 호흡량 등을 측정하고 모니터링하는 것, ③ 섭취식품을 기록하고 그 영양소를 분석하여 안내하는 것, ④ 이용자 본인이 개인용 의료기기를 활용하여 심전도, 혈압, 혈당 등과 같은 건강정보, 지표, 수치를 측정하는 것 등을 열거하고 있다.⁴⁰⁾

나) 비의료적 상담과 조언

비의료인은 비의료적 상담과 조언을 비의료 건강관리 서비스로 수행할 수 있는데, 객관적 정보의 제공 및 분석, 건강목표 설정 및 관리, 상담·교육 및 조언이 그것이다.

이를 구체적으로 살펴보면, 먼저 객관적 정보의 제공 및 분석과 관련하여, 보건복지부는 질환 등 의료관련 정보에 해당하더라도 공신력 있는 기관 - 국제기구·정부·공공기관 등 공적인 영역에 있는 기관과 대한의학회, 대한당뇨병학회 등 해당 분야의 전문성을 갖춘 학회 등 - 이 직접 생산하거나 공식적으로 인증 또는 감수한 정보의 공인된 기준·지침·통계 등에 해당하는 정보를 ‘객관적 정보’로 파악하고, 이러한 객관적 정보를 단순 안내하는 것은 ‘비의료적 상담·조언’에 해당하므로 비의료인이 비의료 건강관리 서비스의 일환으로 제공하는 것이 가능하다고 기술하고 있다. 그 예로는 혈압 및 혈당이 정상범위 내에 있는지를 판단하는 것과 같이 이용자의 건강정보 및 특성 등이 객관적 정보에 해당하는지 여부를 확인하는 행위나 공신력 있는 기관의 기준·지침·통계 등 객관적 정보에 따라 ‘건강 나이’ 등을 산출하여 주는 행위를 들고 있다. 다만, 이러한 객관적 정보의 제공 및 분석을 이용자에게 제공할 때에는 반드시 정보의 출처, 근거, 감수기관을 명시하여야 한다고 부기하고 있다.⁴¹⁾

다음으로 건강목표 설정 및 관리의 경우, 보건복지부는 의학적 전문지식·판단이 필요하

40) 보건복지부(2022), p. 4

41) 보건복지부(2022), pp. 4~5

지 않은 일반적인 건강증진 활동 및 질환의 예방·관리 활동에 대한 목표 설정 및 관리 등을 제공하는 것은 비의료적 상담·조언이므로 가능하다고 보고 있다. 이용자에 대해 걷기, 건강한 음식 먹기, 주 1회 이상 운동하기 등의 일상적 건강관리 활동을 이행하는지를 확인하고 그 동기를 부여하는 것이다.⁴²⁾

마지막으로 상담·교육 및 조언의 경우, 운동·영양·수면 등 일상적 건강증진 활동을 돕기 위한 교습 및 이행 프로그램 등을 제공하는 것은 비의료적 건강관리 서비스의 일환으로 비의료기관이 수행할 수 있다고 파악하고 있다.⁴³⁾

다) 만성질환자 대상 건강관리

만성질환자 대상 건강관리의 경우 만성질환자라는 대상의 특수성으로 인하여 비의료 건강관리 서비스와 의료행위 사이의 경계가 모호해질 가능성이 있다. 이 때문에 보건복지부는 앞서의 건강정보의 확인 및 점검이나 비의료적 상담·조언의 유형과 달리 의료인의 판단·지도·감독·의뢰하에서 만성질환자 대상 건강관리를 비의료 건강관리서비스로서 수행할 수 있도록 제한을 두고 있다. 예를 들어 만성질환자가 갖고 있는 질환의 특성을 고려하여 의료인이 비의료기관에게 특정 방법의 운동·영양 등의 프로그램 서비스를 연계하여 제공하도록 하는 행위, 의사와 환자 간 진료내용에 따른 처방(약 복용, 운동·식이요법 처방 등)이 이미 존재한 상태에서 해당 처방 내용을 만성질환자가 잘 이행할 수 있도록 비의료기관이 동기 부여를 하는 것과 같이 처방에 따른 환자 관리·점검 행위, 만성질환자가 측정한 혈압·혈당 기록 등을 바탕으로 의료인이 설정한 목표 수준을 벗어났는지를 비의료기관이 안내해 주는 행위 등을 들고 있다.⁴⁴⁾

다. 외국에서의 의료행위의 개념과 범위

1) 미국

미국은 법제를 통해 의료행위(Medical treatment)의 개념을 정의하고 있지 않고, 의료행

42) 보건복지부(2022), p. 5

43) 보건복지부(2022), p. 5

44) 보건복지부(2022), pp. 5~6

위를 포함하는 포괄적 의미에서의 보건의료서비스라는 의미에서 “Health care service” (이하 ‘보건의료서비스’라 함)라는 용어를 공중보건법(Public Health Service Act)에서 정의하고 있다. 즉, 미국 공중보건법 42 U.S.C. §234에서는 보건의료서비스를 ‘의료전문가 또는 의료전문가의 감독하에 일하는 자가 제공하는 ① 인간의 질병이나 장애의 진단, 예방 또는 치료하는 행위 및 ② 인간의 건강에 관한 평가 또는 관리에 관한 서비스’라고 정의하였다. 따라서 의료전문가에 의해 이루어지는 인간의 질병이나 장애를 진단하거나 예방, 치료하는 행위 및 인간의 건강에 관한 평가 또는 관리에 관한 행위를 의료행위라 할 수 있으며, 의료행위를 포함하여 의료전문가의 감독하에 인간의 질병이나 건강에 관한 서비스를 제공하는 것도 보건의료서비스라고 할 수 있다.⁴⁵⁾

의료행위를 수행할 수 있는 자에 대해서는 미국 노동부 규칙(29 C.F.R. §541.304)에서 정의하고 있다. 동조에 따르면 의료행위 종사자란 의학분야 및 관련분야에서 유효한 자격증을 소지하고 실제로 해당 업무에 종사해야 하며, 의료행위를 위한 학위를 소유하고 있으며 인턴이나 레지던트 과정에 있는 자를 말한다. 다만 의학분야에서 면허를 취득하고 개업하거나 의사가 개업하는 의료 전문분야에 대해서는 예외가 인정된다. 의사라는 용어에는 일반 개업의 또는 전문의만이 아니라 정골의학 의사, 족부전문의, 치과의사 및 겸안사(겸안의)를 포함한다. 해당 규정은 의료인에 의한 의료행위의 면책을 규정한 것으로 이 규정에 따라 의사의 범주에 해당하는 경우에만 그 행위에 대하여 면책을 받을 수 있다. 의사 등 미국 노동부 규칙(29 C.F.R. §541.304)에서 열거하고 있는 자 외에 간호사로서 해당 주의 심사위원회에 등록된 자들도 면책규정의 적용을 받을 수 있다[29 C.F.R. §541.301(e)(2)].⁴⁶⁾

2) 일본

일본의 의료법 제1조의2 제1항은 “의료는 생명 존중과 개인의 존엄 유지를 우선으로 하며, 의사, 치과의사, 약제사, 간호사, 그 밖의 의료 담당자와 의료를 받는 자의 신뢰관계를 기반으로, 의료를 받는 자의 심신상태에 따라 실시됨과 아울러 단순한 치료에 그치지 아니하고 질병 예방을 위한 조치 및 재활을 포함하는 양질의 적절한 내용이어야 한다.”고 하고 있고,⁴⁷⁾ 일본의 의사법 제17조는 “의사가 아닐 경우 의업(医業)을 해서는 아니된다.”고

45) 육소영 외(2022), p. 149

46) 육소영 외(2022), pp. 149~150

규정하여 원칙적으로 의료행위는 의사가 수행하는 것으로 파악하고 있다.⁴⁸⁾ 여기에 말하는 ‘의업(医業)’이란, 당해 행위를 실시함에 있어서, 의사의 의학적 판단 및 기술을 가지고 하는 것이 아니면 인체에 해를 끼치거나, 또는 해를 초래할 우려가 있는 의료행위를, 반복하여 계속하겠다는 의지로 행하는 것이라고 해석하고 있다.⁴⁹⁾

위와 같이 일본의 경우에도 의료행위의 개념과 범위를 구체적으로 법제화하지 않았기 때문에 일본 최고재판소의 해석에 의존하고 있다. 일본 최고재판소는 종래 의료행위를 “질병의 치료 내지 예방 목적과 같은 의료 및 보건지도에 속한다는 의료관련성이 있어야 하는 것은 아니며, 의사가 행하지 않으면 보건위생상 위해를 야기할 우려가 있는 행위”로 개념을 정의하여 왔다. 이와 같은 최고재판소의 태도에 대하여 일본의 학계에서는 의료행위의 개념이 너무 추상적이고, 간접적·소극적 위험만으로 의료행위에 해당되므로 다른 의료 유사 행위와의 경계가 모호해진다는 비판을 받아왔다. 이후 최고재판소는 문신사의 문신시술행위(タトゥー施術行爲) 사건에서 의료행위의 개념 정의를 정비하였는바, 의료행위를 “의료 및 보건지도에 속하는 행위 중에서, 의사가 하는 것이 아니면 보건위생상 위해를 야기할 우려 있는 행위를 일컫는다고 함이 상당하다”고 하였다. 그 이유에 대하여 최고재판소는 “문신시술행위는 장식 또는 상징적 요소, 예술적 의의가 존재하고 사회적 풍속으로 받아들여져 온 것으로, 의료 및 보건지도에 속하는 것으로 간주하지 않았던 것이다. 또한 의학과 달리 문신시술행위는 미술 등에 관한 지식과 기술을 요구되는 행위로, 의사면허를 취득하는 과정에서 그 지식과 기술을 습득하는 것은 예정되어 있지 않고, 역사적으로 오랜 기간 동안 의사의 면허 없이 문신사가 이를 수행해 온 실정이 있어서, 의사가 독점하였다는 상태는 상정하기 어렵다.”고 하였다.⁵⁰⁾

일본 학계에서는 이를 의료행위의 개념 지표에 ‘의료 및 보건지도에 속한다는 의료관련성’이 추가되는 것으로 재설정된 것으로 일반적으로 이해하고 있는데, 최고재판소가 종전

47) 医療法 第一条の二 医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手と医療を受ける者との信頼関係に基づき、及び医療を受ける者の心身の状況に応じて行われるとともに、その内容は、単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない。

48) 医師法[平成三十年七月二十五日公布(平成三十年法律第七十九号)改正] 第十七条 医師でなければ、医業をなしてはならない。

49) 医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について(通知, 平成17年 7月 26日, 医政発 第0726005号, 各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知(https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?datald=00tb2895&dataType=1&pageNo=1))

50) 平成30(あ)1790, 医師法違反被告事件 第二小法廷, 刑集 第74卷6号581頁)

의 견해를 변경하여 문신사의 문신시술행위는 의료 및 보건지도에 속하는 것이 아니어서 '의료관련성'이 부정되어 의료행위가 아니라고 보았기 때문에, 문신사의 문신시술행위는 더 이상 의사법 제17조 위반에 해당하지 않는다고 한 것으로 파악한다.

3) 독일

독일 연방의사법(Bundesärzteordnung; BÄO) 제1조 제2항에 따르면 이 법률에서 의료행위는 사람에 대해 질병, 통증, 신체상해를 진단, 치료 또는 완화하기 위해 이루어지는 모든 직업적 또는 영업적 활동을 말한다(제1조 제2항).⁵¹⁾ 이에 따라 의료행위는 사람에 대해 질병, 통증, 신체상해를 진단, 치료 또는 완화하기 위해 이루어지는 모든 활동을 말한다. 여기에는 병적 통증⁵²⁾뿐 아니라 정신적·심리적 장애도 포함된다.⁵³⁾ 의료행위는 환자의 상태를 나아지게 하기 위해 이루어지는 것이기 때문에, 치료 불가능한 질병이나 신체 장애에도 이루어질 수 있다.⁵⁴⁾ 또한 연방의사법 제2조 제5항에 따르면, 의사의 직무 수행은 의사라는 직명(職名) 하에 수행하는 의료행위를 말한다. 한편, 면허 없는 직업적 의료행위 수행에 관한 법률: 치료사법(Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung: Heilpraktikergesetz – HeilprG)에 따르면 의사면허 없이 의료행위를 하려는 자는 국가로부터 허가를 받아야 하다고 규정한다(제1조 제1항). 또한, 사회법 제5권 제28조에 따르면 ① 의료행위 내지 진료(ärztliche Behandlung)는 의학의 규칙에 따라 질병의 예방, 조기 발견 및 치료를 위해 충분하고 적절한 의사의 활동을 포함한다. 의료행위에는, 의사가 지시하고 그에 대해 의사가 책임을 지는 다른 사람의 지원 제공도 포함된다. ② 치과의료에는 치의술에 따라 치과, 구강, 턱 질환의 예방, 조기 발견 및 치료한 충분하고 적절한 치과의사의 활동이 포함된다. 또한 치아 크라운 및 상부 구조를 포함한 의치와 관련하여 제공되는 보존적 수술 서비스 및 X-레이 서비스도 포함된다. ③ 질병의 심리치료는 심리치료사법 제26조 및 제27조에 따른 심리치료사 및 아동청소년 심리치료사, 심리치료사법 제1조 제1항 제1호에 따른 심리치료사에 의해 수행된다.⁵⁵⁾

51) 다른 사람의 서비스에서 의료행위를 한 경우도 같음

52) 의약품법(Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln: Arzneimittel- gesetz – AMG) 제2조 제1항 제1호

53) BayObLG NSTZ 1982, 474

54) Gokel, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4.Aufl., 2018, § 33 Rn. 2; Spickhoff/Schelling, Medizinrecht, 3.Aufl. 2018, § 1 HeilprG Rn. 8

55) 이석배(2025), p. 12

한편, 면허 없는 직업적 의료행위 수행에 관한 법률: 치료사법에 따른 의료행위를 해석함에 있어서는 ① 행위가 일반적 이해에 따를 때 의학적 전문지식을 전제하는 경우, ② 행위가 심각한 건강상 상해를 유발할 수 있는 경우가 의료행위라고 보아 면허 없는 직업적 의료행위에 해당할 경우 허가가 필요한 반면, 건강에 위험을 초래하지 않고 전문지식이 필요하지 않은 경우에는 허가를 요하지 않는다.⁵⁶⁾

독일의 경우 의료인 면허가 있는 자의 의료행위 외에도 면허 없는 자의 직업적 의료행위를 허가조건부로 인정하고 있는 상황이지만, 여전히 구체적인 범위에 대해서는 개별적 사건에서 법원이 판단하고 있다. 독일의 연방대법원 형사부는 의료행위를 “행위를 받는 자에 대해 질병, 고통 또는 신체상해를 치료하거나 완화하는 것을 목표로 하는 인상을 불러 일으키는 행위”로 보고 있는데,⁵⁷⁾ 아직 의료행위로 보이지 않는 행위라고 하더라도 그 행위의 결과로 건강상 위험을 초래할 수 있고, 심각한 상태라는 것을 적시에 발견하는 것이 지연되고 그러한 위험의 개연성이 적지 않다면 그 행위 또한 의료행위에 해당한다고 본다.⁵⁸⁾ 또한 행위자가 의료행위의 표준에 따라 평가된 사람이라는 인상을 불러 일으켰다면, 적어도 환자의 주관적 느낌에 따라 의료행위라고 해석되는 행위도 의료행위로 판단하였다.⁵⁹⁾ 독일 연방대법원은 병자를 치료하기 위해 초자연적인 힘을 사용한 행위는 병자에게 초자연적인 힘에 의해 자신이 치유되거나 나아질 것이라는 인상을 주었기 때문에 의료행위를 한 것이고, 아무런 지식 없이 의사나 치료사가 아닌 자가 이러한 의료행위를 한 경우 허가 없는 의료행위라고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾

라. 우리나라 보험회사 제공 헬스케어 사업 중 의료행위 해당성 검토

우리나라의 현행 의료법 체계 및 대법원과 헌법재판소의 의료행위에 관한 태도, 그리고 보건복지부의 비의료 건강관리서비스 2차 가이드라인에 비추어, 현재 보험회사가 제공하고 있는 헬스케어 서비스의 유형을 나누어 검토하면 다음과 같다.

56) Wollersheim, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, §6 Rn. 26

57) Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 7

58) BVerwGE 23, 140; BVerwGE 35, 308

59) BVerfG NJW 2004, 2890

60) BGH NJW 1978, 599

1) 유형 1: 건강정보의 확인

보험회사에서 고객의 건강정보를 통하여 맞춤형 헬스케어를 제공하는 서비스 중 건강정보를 확인하고 점검하는 부분은 비의료 건강관리서비스에 해당하여 의료법에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당하지 않는 적법한 영역이다.

예를 들어, 동양생명의 엔젤맘스케어 서비스 중 태아·산모, 자녀의 건강정보를 확인하고 점검하는 차원의 태아·산모의 건강관리, 자녀의 성장 관리나 교보라이프플래닛의 헬스스위치 서비스 중 고객이 기존에 사용 중인 걸음걸이 애플리케이션과 연동하여 걸음 수를 체크하여 일정 걸음 수 이상 도달 시, 현금처럼 사용 가능한 ‘씨드포인트’ 혜택을 제공하거나 고객의 흡연 여부 및 건강검진결과에 따라 비흡연체, 건강체, 슈퍼건강체를 구분하여 보험료를 차등 할인하는 것, 한화생명의 개인건강정보(Personal Health Record) 기반 건강관리 서비스 앱 ‘헬로(HELLO)’ 서비스에서 사용자의 건강검진정보 및 일상생활에서의 건강정보(활동량, 영양, 수면 등)를 기반으로, 다양한 건강 서비스와 콘텐츠를 제공하는 것 등이 그것이다.

2) 유형 2: 공신력 있는 건강정보의 제공 혹은 예측

보험회사에서 공신력 있는 건강 관련 통계를 통하여 고객의 건강 상태를 예측한 후 맞춤형 건강관리 방안을 제시하는 부분은 논의의 여지가 있다. 즉, 비의료 건강관리서비스 가이드라인에서 요구하고 있는 요건을 갖추어야 무면허 의료행위가 되지 않게 되는 것이다. 2차 비의료 건강관리서비스 가이드라인에서는 공신력 있는 기관이 직접 생산하거나 공식적으로 인증 또는 감수한 정보의 공인된 기준·지침·통계 등에 해당하는 ‘객관적 정보’를 단순히 안내하는 것, 객관적 정보에 따른 ‘건강 나이’ 등을 산출하여 주는 행위의 범주에 그쳐야 하며, 건강목표 설정 및 관리는 의학적 전문지식·판단이 배제되는 일반적인 건강 증진 활동 및 질환의 예방·관리 활동으로 제한된다는 것을 명시하고 있기 때문에 이에 부합하여야 할 것이다. 그런데 만약 객관적 정보에 따른 건강 나이를 산출하는 행위를 넘어서 고객의 질환의 위험성을 예측하는 것은 의학적 전문지식에 의거한 판단의 여지가 있기 때문에 무면허 의료행위에 해당할 우려가 있다.

예를 들어, 신한생명의 건강 나이보험료 특약의 경우, 고객의 건강평가 분석 정보를 통해 건강 나이를 산출하고 그 결과에 따라 보험료를 적용하는 것으로, 앞서 언급한 객관적 정

보에 근거한 건강 나이 산출이라면 비의료 건강관리서비스의 하나로 적법한 것으로 파악된다. 또한 ABL생명의 ABL건강하면THE소중한중신보험에서 피보험자의 건강등급에 따라 보험료를 할인해주는 특약에서의 건강등급은 고객의 실제 건강검진결과(최근 2년 이내 결과 중 최신기록)와 의료기관 이용 기록(직전 2개월 기준 최근 12개월)을 토대로 BMI(체질량지수), 혈압, 요단백, 혈색소, 간기능 수치, 콜레스테롤, 의료기관 내원일수, 흡연 여부 등 다양한 요인을 고려해 1등급에서 9등급까지 산출하는 것이므로 제공 가능한 비의료 건강관리서비스에 해당한다.

3) 유형 3: 건강상담과 만성질환 관리

보험회사에서 건강정보를 통하여 맞춤형 헬스케어를 제공하는 서비스 중 건강정보를 확인하고 점검하는 부분은 비의료 건강관리서비스에 해당하여 의료법에서 금지하는 무면허 의료행위가 되지 않으나, ‘의료인’을 투입하여 고객의 건강정보를 토대로 건강을 상담하거나 만성질환 관리에 조언을 하는 행위는 경우에 따라 면허된 것 이외의 의료행위를 하게 되어 무면허 의료행위에 해당할 소지가 있다. 특히 아래와 같이 현행 보험회사에서 비의료인이나 간호사가 고객과 전화 상담 등을 하는 행위는 그 내용에 따라 비의료 건강관리서비스의 범주나 간호사의 면허된 범위 내의 의료행위가 될 수도 있고, 이를 벗어나 진료에 이르게 되면 면허된 범위 외의 의료행위로 무면허 의료행위가 될 수 있는 것이다. 먼저 간호사가 수행할 수 있는 면허된 범위 내의 업무가 무엇인지에 대해 의료법 등 관련 법령과 함께 판례의 태도를 살펴본 뒤, 현행 보험회사가 홈페이지 등을 통해 외부에 공시한 내용을 토대로 어떤 것이 의료법에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당하는지 살펴보고자 하겠다.

① 간호사가 수행할 수 있는 면허 범위 내의 행위

(1) 현행 법령

간호사는 의료법상 의료인으로서 그 업무는 종래 의료법에서 간호법(시행 2025. 6. 21., 법률 제20445호, 2024. 9. 20. 제정)으로 분법이 이루어져, 간호법에 규정되어 있다. 즉, 간호법 제12조에 열거된 업무인 ① 환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호, ② 의료법에 따른 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의

보조, ③ 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 그 밖에 대통령령⁶¹⁾으로 정하는 보건활동, ④ 간호조무사가 수행하는 제1호부터 제3호까지의 업무 보조에 대한 지도(제1항), ⑤ 병원급 의료기관 중 보건복지부령으로 정하는 기관에서 환자의 진료 및 치료행위에 관한 의사의 전문적 판단이 있는 후에 의사의 일반적 지도와 위임에 근거하여 진료지원업무(제2항)만이 가능하도록 하고 있다.

현행법상 간호사는 환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호나 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 특정 보건활동의 경우 독자적으로 수행할 수 있는 업무는 존재하지만, 독립된 의료기관 개설은 불가능하다. 특히 간호판단의 경우 간호사의 임상판단(Clinical Judgment)에 해당하는 것으로서 지식, 경험, 직관을 활용하여 관찰 및 수집한 자료의 의미를 해석하고, 환자를 고려한 임상적 결론을 도출하는 반성적이고 추론적인 과정이다. 그러므로 간호판단은 간호사가 환자의 상태를 다각도에서 인지하여 자료를 분석하며, 환자 중심의 간호 중재를 계획하고, 의사 등 다른 보건 전문가들과의 협력을 통해 최종적으로 중재 결과를 평가하고 성찰하는 복합적인 사고 과정이다.⁶²⁾ 또한 간호사는 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동을 통하여 의사의 진료와는 별개로 환자 및 보호자에게 질병 예방, 건강관리, 약물 복용법 등에 대한 정보를 제공하고 생활 습관 개선을 돕는 고유한 역할을 수행할 수 있다. 다만, 이러한 독자적인 간호사의 업무 영역은 의사의 진료행위와 구분된다는 점을 유의하여야 한다. 즉, 의사의 진료행위는 질병의 진단과 치료를 목적으로 하는 반면, 간호사의 간호판단이나 교육·상담 및 건강증진 등의 활동은 환자의 간호요구에 기반하여 최적의 요양과 회복을 지원하는 것에 목적이 있다. 의사와 간호사가 수행하는 각 영역은 상호 보완적인 관계에 놓여 있지만, 각자의 업무 범위가 다르고 그에 따라 책임의 소재가 결정되므로 구분이 필요하다.⁶³⁾

간호법 외에도 다른 법령에서 간호사가 수행할 수 있는 업무를 규율하고 있고, 간호사는 지역사회 간호에서 중요한 역할을 맡고 있다. 지역사회 간호란 지역사회를 대상으로 간호

61) 간호법 시행령(시행 2025. 6. 21.) [대통령령 제35597호, 2025. 6. 20., 제정] 제11조(간호사의 보건활동) 법 제12조제1항제3호에서 “대통령령으로 정하는 보건활동”이란 다음 각 호의 보건활동을 말한다.

1. 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 제19조에 따라 보건진료 전담공무원으로서 하는 보건활동
2. 「모자보건법」 제10조제1항에 따른 모자보건전문가로서 행하는 모자보건 활동
3. 「결핵예방법」 제18조에 따른 보건활동
4. 그 밖의 법령에 따라 간호사의 보건활동으로 정한 업무

62) 이유리 외(2017), pp.141~142

63) 백경희 외(2024), pp. 163~189

의 제공 및 보건교육, 관리를 통해 지역사회 건강을 적정기능의 수준으로 향상시키는 것에 기여하는 것을 목적으로 하는데, 감염병 관리, 산업 간호, 학교 간호, 모자 보건, 정신 보건, 보건 영양, 보건 교육, 만성질환 관리 등을 들 수 있다. 그 예로 지역보건법상 ‘지역보건의료서비스’는 위 지역보건의료기관이 지역주민의 건강을 증진하고 질병을 예방·관리하기 위하여 직접 제공하거나 보건의료 관련기관·단체를 통하여 제공하는 서비스로서 보건의료인이 행하는 모든 활동을 의미한다(제2조 제2호). 이와 같이 지역보건의료기관에서 지역보건의료서비스를 수행하는 보건의료인은 보건의료 관계 법령에서 정하는 바에 따라 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자로서 간호사 역시 이에 포함된다(보건의료기본법 제3조 제3호). 또한 노인장기요양보험법상 장기요양급여 중 재가급여의 하나인 방문간호활동 - 방문간호는 간호사 등이 의사, 한의사 또는 치과의사의 지시서에 따라 수급자의 가정 등을 방문하여 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강위생 등을 제공하는 것으로, 간호사의 경우 2년 이상 간호업무를 수행한 경력이 있을 때 장기요양요원으로 이를 수행할 수 있다. 노인장기요양보험법의 방문간호와 유사한 국민건강보험법상의 가정간호와 관련해서도 판례는 국민건강보험의 요양급여대상인 가정간호의 경우 노인들의 주거시설에 가서 가정간호를 하는 것은 자택과 유사한 생활공간이라는 이유로 합법적인 요양급여라 보았으나 주야간에 방문하였다가 집으로 돌아오는 노인 주야간 보호시설에서의 가정간호는 주거가 아니라는 이유로 위법한 요양급여청구라 보았다. 이 외에도 학교보건법상 보건교사, 장애인 등에 대한 특수교육법상 기숙사 내 간호사(간호조무사)의 의무적 배치, 영유아보육법상 어린이집은 보육교직원 중 하나로 간호사를 둘 수 있으며, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률에서도 간호사의 경미한 의료행위를 허용하고 있다.

(2) 판례의 태도

(가) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결

대법원은 “피고인들이 공모하여 보험회사와 방문검진 위탁계약을 체결한 후 고용된 간호사들로 하여금 보험 가입자들의 주거에 방문하여 의사의 지도·감독 없이 문진, 신체계측, 채뇨, 채혈 등을 하게 한 뒤 이를 바탕으로 건강검진결과서를 작성하여 보험회사에 통보하는 등 업무를 하고 대가를 받는 등 의료행위를 하였다고 하여 구 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’(2011. 4. 12. 법률 제10579호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 보건범죄단속법’

이라 함) 위반으로 기소된 사안에서,⁶⁴⁾ 위 건강검진은 피검진자의 신체부위의 이상 유무 내지 건강상태를 의학적으로 확인·판단하기 위하여 행하여지는 것으로서 이를 통하여 질병의 예방 및 조기 발견이 가능할 뿐만 아니라 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능을 가진 의사가 행하지 아니하여 결과에 오류가 발생할 경우 이를 신뢰한 피검진자의 보건위생상 위해가 생길 우려가 있으므로 의료행위에 해당하고, 비록 위 건강검진이 보험회사가 피검진자와 보험계약을 체결할지 여부를 결정하기 위한 것이라 하더라도 위와 같은 의료행위로서 성질과 기능이 상실되는 것은 아니므로, 피고인들이 계속적·반복적으로 건강검진을 실시한 행위는 영리를 목적으로 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호 개정되기 전의 것) 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위를 업으로 한 것으로서 구 보건범죄단속법 제5조 위반에 해당한다는 이유로, 이와 달리 보아 무죄를 인정한 원심판결에 의료행위 등에 관한 법리오해의 위법이 있다.”고 하면서, 건강검진의 일환으로 행하여진 문진, 각종 신체계측 및 이를 바탕으로 한 건강검진결과서 등의 작성·통보 등의 행위는 의료행위인 건강검진을 구성하는 일련의 행위이므로, 이를 포괄하여 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제5조 위반으로 처벌할 것이고, 그 개개의 행위를 분리하여 의료행위에 해당하는지 여부를 따진 후 그 개개의 행위별로 같은 법 제5조 위반 해당 여부를 판단할 것은 아니라고 판단하였다.

이에 의하면 간호사가 보험회사 고객에 대하여 수행하는 문진, 각종 신체계측 등의 건강

64) 사안의 사실관계는 다음과 같음

- ① 피고인 2는 2005. 1. 4.부터 2008. 7. 21.까지 사이에 ○○○○의원의 간호사로 재직하면서 소속 방문간호사들을 총괄하는 업무를 담당하였는데, ○○○○의원과 방문검진 위탁계약을 체결한 보험회사로부터 방문검진 의뢰가 오면 ○○○○의원에서 고용한 전국 각지의 방문간호사들에게 연락하여 방문검진을 하도록 하였다.
- ② 위와 같은 연락을 받은 방문간호사들은 보험 가입자들의 주거에 방문하여 그들을 상대로 문진, 각종 신체계측, 채뇨, 채혈 등을 실시한 후 채취한 소변과 혈액 등을 ○○○○의원에 송부하였고, 이를 받은 ○○○○의원의 임상병리사는 ○○○○의원에 설치된 장비로 성분 등의 검사를 시행하였다.
- ③ 피고인 2는 위 검사결과 등을 바탕으로 보험 가입자들에 대한 검사수치와 정상수치를 대비시켜 신체부위의 이상 유무와 건강상태를 알 수 있도록 의사 명의의 건강검진결과서를 작성하여 이를 보험회사에 통보하였다. 일부 건강검진결과서에는 피검진자의 건강 이상 유무, 의심되는 질병, 피검진자가 건강에 주의하여야 할 권고사항, 문진 결과에 따른 과거 병력, 현재 건강상태 등 의학적 소견을 기재하기도 하였다. 위 의학적 소견은 예를 들면 “선생님은 본 검사 범주 내에서 B형간염 바이러스 보균상태입니다. B형간염에 대해 정기적인 검사 및 관찰이 요망됩니다” 등과 같이 피검진자가 건강검진의 결과를 수령할 것을 예정한 문구를 사용하고 있다.
- ④ 공소외인 또는 피고인 3은 위 기간 동안 ○○○○의원에 소속된 유일한 의사였는데 ○○○○의원의 사무실로 매일 출근하지는 아니하였고, 위와 같은 건강검진의 실시 여부에 관하여 개별적인 지시를 하지 아니하였을 뿐만 아니라 실제 보험 가입자들에 대한 건강검진의 실시 과정이나 건강검진결과서의 작성·통보에 이르기까지 모든 과정에 의사로서 지시하거나 관여하지 아니하였다.
- ⑤ 건강검진을 의뢰한 보험회사로부터 피고인 1, 2는 2005. 1. 4.부터 2008. 7. 21.까지 건강검진의 대가로 1,585,173,771원을 받고, 피고인들은 2005. 7. 22.부터 2008. 9. 1.까지 건강검진의 대가로 68,502,751원을 받았다.

검진 행위는 의료행위이고,⁶⁵⁾ 간호사의 면허된 범위를 넘어서는 것이기 때문에 무면허 의료행위에 해당한다고 판단하였다.⁶⁶⁾

(나) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2017도10007 판결

간호사가 의사가 입회하지 아니한 상태에서 ‘환자의 사망의 징후를 확인하고, 이를 바탕으로 환자의 유족들에게 사망진단서 등을 작성·발급한 행위’가 무면허 의료행위에 해당하는지에 대하여, 대법원은 “환자가 사망한 경우 사망진단 전에 이루어지는 사망징후판찰은 구 의료법 제2조 제2항 제5호에서 간호사의 임무로 정한 ‘상병자 등의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조’에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행해야 하는 의료행위이고, 간호사는 의사 등의 개별적 지도·감독이 있더라도 사망의 진단을 할 수 없다. 사망의 진단은 사망 사실과 그 원인 등을 의학적·법률적으로 판정하는 의료행위로서 구 의료법 제17조 제1항이 사망의 진단 결과에 관한 판단을 표시하는 사망진단서의 작성·교부

65) “○○○○○의원에서 실시한 건강검진은 피검진자들을 상대로 문진, 각종 신체계측, 체노, 채혈 등을 행한 후 채취한 소변과 혈액 등을 가지고 과학적 방법으로 검사·분석한 다음, 검사수치와 정상수치를 대비시켜 신체부위의 이상 유무 내지 건강상태를 알 수 있도록 검진결과서를 작성하거나 그 검사 결과나 문진 결과 등에 기초한 의학적 소견도 함께 기재하여 이를 통보하는 것으로 이루어져 있다. 특히 위 의학적 소견은 피검진자가 건강검진결과를 통지받을 것을 예정하여 작성되어 있을 뿐만 아니라, 보험회사가 ○○○○○의원이 실시한 건강검진결과를 근거로 피검진자의 보험가입을 승낙할 경우 이를 통하여 피검진자는 자신의 특정 신체부위 내지 건강상태에 이상이 없는 것으로 인식할 것이고, 보험회사가 보험가입을 거절할 경우에는 피검진자는 자신의 특정 신체부위 내지 건강상태에 이상이 있는 것으로 인식할 것이므로, 위 건강검진결과를 보험회사뿐만 아니라 피검진자에게도 알려져 그의 건강생활에 일정한 영향을 미칠 수 있다고 봄이 상당하다. 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, ○○○○○의원에서 실시한 건강검진은 피검진자의 신체부위의 이상 유무 내지 건강상태를 의학적으로 확인·판단하기 위하여 행하여지는 것으로서 이를 통하여 질병의 예방 및 조기 발견이 가능하게 될 뿐만 아니라 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능을 가진 의사가 행하지 아니하여 그 결과에 오류가 발생할 경우 이를 신뢰한 피검진자의 보건위생상 위해가 생길 우려가 있으므로, 이는 의료행위에 해당한다고 보아야 한다. 비록 위 건강검진이 실시된 이유가 보험회사가 피검진자와 사이에 보험계약을 체결할 것인지 여부를 결정하기 위한 것이라 하더라도 건강검진이 가지는 위와 같은 의료행위로서의 성질과 기능이 상실되는 것은 아니므로 이러한 사정은 위 건강검진을 의료행위로 보는 데 장애가 되지 아니한다.”

66) 즉, 의사가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과한 것으로(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결 참조), 간호사가 ‘진료의 보조’를 하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있으나(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결; 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005도8360 판결 참조), 이는 어디까지나 의사가 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그중 일부를 간호사로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것에 그친다는 것임. 따라서 의사가 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다는 것임

주체를 의사 등으로 한정하고 있고, 사망 여부와 사망 원인 등을 확인·판정하는 사망의 진단은 사람의 생명 자체와 연결된 중요한 의학적 행위이며, 그 수행에 의학적 전문지식이 필요하기 때문이다.”라고 하여 사망징후의 관찰과 사망의 진단의 업무 영역을 구별한 바 있다.

(다) 부산지방법원 2023. 2. 2. 선고 2020구합25893 판결⁶⁷⁾

의사가 갱년기 검사를 원하는 환자의 상태를 직접 살피고 검사시행에 관해 결정하여야 하나, 수술 중이라는 이유로 환자 상담을 상담실장인 간호조무사에게 지시하고 혈액검사를 진행하도록 하여 상담실장에게 무면허 의료행위를 하였다는 이유로 의료법 위반으로 인하여 업무정지처분을 받은 사안에서, 법원은 “이 사건 의료행위가 원고가 환자를 대면 진료하지 않은 상태에서 이루어진 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다. 앞서 본 바와 같이 ‘진료의 보조’는 의사가 주체가 되어 진료행위를 함에 있어서 그의 지시에 따라 종속적인 지위에서 조력하는 것을 가리키므로, 원고가 환자를 전혀 진찰하지 않은 상태에서 간호조무사가 단독으로 이 사건 의료행위를 하는 것은 진료보조행위에 해당한다고 볼 수 없다”고 하여 업무정지처분을 유지하는 판단을 한 바 있다.

(3) 보험회사 헬스케어 사업 중 간호사의 상담행위에 관한 검토

간호사 보건의료 영역에서 간호사의 인력 비중이 높은 이유는 여러 가지 이유가 있겠지만, 간호사가 수행하는 업무 자체가 의료수요자와의 관계에서 가장 밀착되어 있음을 반증하고 있는 것이기도 하다. 그러한 연유로 현재 보험회사 헬스케어 사업의 전문적 상담은 대다수 업무를 간호사가 수행하고 있는바, 그 상담행위가 간호사 면허 범위 내에서 수행 가능한 허용 범위에 해당하는지 여부를 의료법상 무면허 의료행위와의 관계에서 살펴보면 다음과 같다.

간호법에서는 의료인인 간호사가 되기 위하여는 간호학을 전공하는 대학 또는 전문대학 등을 졸업하고 간호사국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받도록 되어 있다(제7조). 이와 같이 국가가 상당한 수준의 전문교육과 국가시험을 거쳐 간호사의 자격을 부여한 후 의료인에 포함시키면서 전문성을 담보하고 있는 것이다. 다만, 간호사는 의사

67) 부산고등법원 2023. 7. 21. 선고 2023누20805 판결에서 항소심은 소 각하로 처리하였음

와 함께 의료인에 포함되어 있지만⁶⁸⁾ 의사와 달리 독립된 의료기관을 개설하거나 ‘진료’ 자체는 단독으로 수행할 수 없고 의사의 진료를 ‘보조’하는 것만 가능하다. 때문에 대법원은 간호사가 의사의 진료를 보조할 경우에는 의사와의 관계에서 종된 지위인 보조자라고 할 것이므로, 수직적 분업으로 파악하였고, 경우에 따라 의사가 간호사를 신뢰하여 거의 감독하지 않는 업무의 경우 수평적 분업의 형태까지 판단할 수 있음을 설시하였다.⁶⁹⁾ 전자의 경우 의료과실을 범한 간호사에 대하여 의사가 지시·감독에 소홀함이 있을 경우에는 의사도 공동으로 책임을 부담하여야 하나, 후자의 경우 의사의 책임이 배제되거나 축소될 수 있다.⁷⁰⁾⁷¹⁾

그리고 이때의 ‘진료’는 의사의 진찰과 치료행위를 포섭하는 것으로 그 중 ‘진단’에 대해

68) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도8606 판결; 동 판결에서 대법원은 “구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)은 제2조에서 의사는 의료에 종사하고, 간호사는 간호 또는 진료의 보조 등에 종사한다고 규정하고 있으므로, 간호사가 의사의 진료를 보조할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 의사의 지시에 따라 진료를 보조할 의무가 있다.”고 하였음

69) 실제 임상현실에서 간호사의 의사에 대한 진료보조에 있어 모든 각각의 의료행위마다 의사가 일일이 현장에 입회하여 지시하고 감독하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 의사의 직접적이고 구체적인 지도·감독이 아닌 일반적인 지도·감독만으로도 족한 경우가 있음

70) 이인영(1999), pp. 202~203

71) 대법원 1990. 5. 22. 선고 90도579 판결; “주사약인 에폰톨은 3, 4분 정도의 단시간형 마취에 흔히 이용되는 마취제로서 정맥성이 강한 유액성분이어서 반드시 정맥에 주사하여야 하며, 정맥에 투여하다가 근육에 새면 유액성분으로 인하여 조직괴사, 일시적인 혈관수축 등의 부작용을 일으킬 수 있으므로 위와 같은 마취제를 정맥주사할 경우 의사로서는 스스로 주사를 놓든가 부득이 간호사나 간호조무사에게 주사케 하는 경우에도 주사할 위치와 방법 등에 관한 적절하고 상세한 지시를 함과 함께 스스로 그 장소에 입회하여 주사시행 과정에서 환자의 징후 등을 계속 주시하면서 주사가 잘못 없이 끝나도록 조치하여야 할 주의의무가 있고, 또는 위와 같은 마취제의 정맥주사 방법으로서 수액세트에 주사침을 연결하여 정맥 내에 위치하게 하고 수액을 공급하면서 주사제를 기존의 수액세트를 통하여 주사하는 이른바 사이드 인젝션(Side Injection)방법이 직접 주사방법보다 안전하고 일반적인 것이라 할 것인바, 산부인과 의사인 피고인이 피해자에 대한 임신중절수술을 시행하기 위하여 마취주사를 시주함에 있어 피고인이 직접 주사하지 아니하고, 만연히 간호조무사로 하여금 직접방법에 의하여 에폰톨 500밀리그램이 함유된 마취주사를 피해자의 우측 팔에 놓게 하여 피해자에게 상해를 입혔다면 이는 의사로서의 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있다고 할 것이다.”고 하여 의사와 간호사간 수직적 분업상 의사의 책임을 긍정하였음. 반면 대법원은 “의료법에 의하면, 간호사는 의사와 함께 ‘의료인’에 포함되어 있고, 간호사의 임무는 ‘진료의 보조’ 등에 종사하는 것으로 정하고 있으며, 간호사가 되기 위하여는 간호학을 전공하는 대학 또는 전문대학 등을 졸업하고 간호사국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받도록 되어 있음을 알 수 있는바, 이와 같이 국가가 상당한 수준의 전문교육과 국가시험을 거쳐 간호사의 자격을 부여한 후 이를 ‘의료인’에 포함시키고 있음에 비추어 볼 때, 간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 할 것이다.”라고 하면서 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정하였음

서 대법원은 그 중요성에 비추어 의사만이 수행할 수 있는 의료행위라고 보고 있다. 즉, “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, …… 또한 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로, 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 한다.”고 판시한 바 있다.⁷²⁾

한편 앞서 살펴본 바와 같이 간호사의 업무와 관련하여 간호법 제7조 제1항 제1호에서는 간호판단을, 제3호에서는 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 그 밖에 대통령령으로 정하는 보건활동을 수행할 수 있다고 규율하고 있는데, 이는 진료의 보조와는 별개의 항목으로 규정되어 있음에 비추어 간호사가 의사의 지도·감독이 없더라도 단독으로 할 수 있는 것이라고 해석할 수 있는 것이다. 그리고 보험회사 헬스케어 사업 중 간호사의 상담행위는 행위의 양상에 비추어 간호판단이나 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행에 포섭될 수 있다. 그런데 간호사가 수행한 보험회사 헬스케어 사업의 ‘상담’이 최적의 영양과 회복을 지원하거나 비침습적인 의학정보를 제공하여 고객 스스로 건강을 관리하도록 돕는 행위를 넘어서 의사의 진료, 그중에서도 질병에 대한 ‘진단’에까지 이르는 내용까지 포함될 경우에는 의사만이 수행할 수 있는 의료행위에 해당하는바, 간호사가 그와 같은 부분까지 고객에게 제공하였다면 의료법상 무면허 의료행위로 규제대상이 될 수 있다. 즉, 간호사가 상담 과정 중 고객의 건강 상태에 대한 질환명을 판단하거나 약의 복용과 관련하여 의사의 처방을 넘어서는 부분까지 관여를 하게 되는 등 의학적 ‘진단’이 수반된다면, 이는 의사만이 수행 가능한 의료행위에 해당하기 때문에 간호사가 이를 수행하는 것은 현행 의료법상 불가능하기 때문이다.

72) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2007다55866 판결

② 건강상담을 통한 질병 관리

현재 보험회사 헬스케어 사업 중 건강상담을 통한 질병관리에 해당하는 것으로 흥국생명의 (무) 암SoGood암보험 가입자 중 월납 보험료 5만 원 이상을 대상으로 하는 건강상담 서비스의 경우에는 상담을 하는 주체에 대한 언급 없이 '건강상 궁금증 / 질병, 치료, 검사 등 질환 등에 대한 상담 / 암 정보 예방 및 검진 등 암 상담 / 건강검진 관련 상담 / 운동, 영양프로그램 상담 등'을 열거하고 있다. 만약 그 내용이 단순히 건강정보에 대한 보건교육이나 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행에 그치는 경우에는 간호사가 단독으로 수행할 수 있는 업무에 해당하여 현행법상으로도 가능할 것이지만, 만약 의학적 판단을 동반한 '진단'에까지 이른다면 의사만이 가능한 의료행위를 한 것으로 면허된 범위를 넘어서기 때문에 무면허 의료행위에 해당할 소지가 높다. 그렇기 때문에 최근 교보다솜케어에서 전문간호사를 통해 제공하는 건강검진결과의 설명이나 지속적인 질병에 대한 1:1 건강상담의 경우에도, 비록 '전문간호사'라고 할지라도 그 상담의 내용이 간호판단이나 질병에 대한 교육을 넘어서 질병의 새로운 진단을 제시한다면 이 또한 무면허 의료행위에 해당할 수 있게 된다.

또한 비의료인의 경우에도 질병의 예방과 치료를 목적으로 하는 것이 아닌 단순한 건강상 궁금증, 운동, 영양프로그램 상담은 비의료 건강관리 서비스의 일환으로 수행할 수 있겠으나 질병, 치료, 검사 등 질환 등에 대한 상담, 암 정보 예방 및 검진 등 암 상담, 건강검진 관련 상담은 그것이 진단에 해당하는 것이든 건강정보나 보건교육에 해당하는 것이든 의료법과의 관계상 그와 같은 행위를 수행할 수 있는 적법한 주체가 된다고 보기는 어렵다.

마찬가지로 흥국생명의 (무) A+착한사랑치매간병보험 중 경증치매 진단 시 심리 전화 상담 및 치매 복용약물 상담의 경우나 동양생명의 엔젤맘스케어 중 간호사와의 상담을 통한 맞춤형 자녀 질병 관리 서비스, NH 농협생명의 24시간 365일 헬스케어서비스 상담 중 전문의료진 상담 서비스, 매트라이프생명의 헬스케어 서비스(360Health)에서 녹십자헬스케어와의 제휴를 통해 제공되는 헬스케어 서비스 중 건강상담의 경우에도 '진단'에 해당하는 범위까지 상담이 이루어진다면 동일한 문제가 발생할 소지가 있다.

2. 영리 목적 환자 유인행위

가. 문제점

의료법에서는 영리를 목적으로 하여 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위를 금지하고 있다. 그런데 현재 보험회사의 헬스케어 서비스 중 고객을 위하여 고객의 동의하에 특정 의료기관이나 의료인에 대한 진료나 건강검진을 예약하거나 관련 할인을 유도하는 서비스가 제공되고 있다. 그렇기 때문에 이하에서는 이러한 부분이 의료법 위반의 소지는 없는지를 살펴볼 필요가 있다.

나. 영리 목적 유인행위 금지의 의료법상 규정과 유형

1) 의료법상 규정

현행 의료법상 인정된 일정한 예외를 제외하고 누구든지 국민건강보험법이나 의료급여법에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니된다(동법 제27조 제3항). 하지만 예외적으로 환자의 경제적 사정 등을 이유로 개별적으로 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 받아 환자를 유치하는 행위와 국민건강보험법 제109조에 따른 가입자나 피부양자가 아닌 외국인 환자를 유치하기 위한 행위는 허용하고 있다. 다만, 외국인 환자라도 유치행위를 할 수 없는 경우가 있는데, 국민건강보험법 제93조에 따른 가입자나 피부양자가 아니더라도 국내에 거주하는 외국인으로서 출입국관리법 제31조에 따라 외국인등록을 한 사람이나 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률 제6조에 따라 국내 거소 신고를 한 외국국적동포가 그러하다(의료법 시행규칙 제19조의2).

2) 취지

의료법에서 이와 같이 영리를 목적으로 환자를 유인하는 행위를 금지하고자 하는 이유는 의료행위의 공공성이라는 특성에 기인한 것이다.⁷³⁾ 또한 본인부담금 할인행위로 많은 환

자를 유치하는 경우 건강보험공단이나 의료급여기금으로부터 받는 급여비용이 증가하여 상당한 이익을 남기게 될 것이므로 건강보험재정이나 의료급여기금재정을 악화시킬 수 있고, 의료보험이 미치지 않는 영역에서 의료수가가 과다하게 책정되어 환자 측에게 과중한 부담이 되어 저소득층은 의료혜택을 보장받기 어렵게 된다. 따라서 동 규정을 통해 의료행위의 영리성 추구를 일정 정도 제한함으로써 의료인 사이의 과당경쟁을 차단하여 의료시장의 붕괴를 방지할 필요가 있다는 것이 동 규정의 목적이다.⁷⁴⁾

대법원과 헌법재판소는 이를 ‘환자 유인행위’로 약칭하여 “기망 또는 유혹을 수단으로 환자를 끌어내어 그로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위로서 보험재정 등의 건전성을 악화시키는 등 특별한 사정이 인정되는 행위”로 지칭하고 있다.

동 조항은 의료인이나 의료기관이 본인부담금을 할인하였을 때 발생할 수 있는 의료 수진의 남용을 막아 보험재정 등의 건전성을 유지하기 위한 조항으로, 그 입법목적은 정당하고 수단의 적합성도 인정된다는 것이 헌법재판소의 판단이다.⁷⁵⁾

3) 금지행위의 유형

① 본인부담금의 면제 또는 할인 행위

국민건강보험법이나 의료급여법에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위의 경우, 우리나라의 공보험 체계와 연계되는 것이다. 즉, ‘본인부담금’이란 급여대상에 해당하는 요양급여와 의료급여에 관하여 의료소비자인 환자가 스스로 내야 하는 금액을 의미한다.⁷⁶⁾ ‘면제’는 그 본인부담금 전체를 환자 측에서 지급하지 않도록 하는 것이며, ‘할인’이란 의료인이나 의료기관이 가입자 등 또는 수급권자가 급여대상에 해당하는 요양급여 또는 의료급여를 받고 그 대가로서 지급하는 비용 중 가입자 등 또는 수급권자 본인이 스스

73) 석희태(2005), pp. 162~163

74) 백경희(2012), pp. 139~140

75) 헌법재판소 2017. 12. 28 자 2016헌바311 결정; 헌법재판소 2005. 10. 27. 자 2003헌가3 전원재판부 결정

76) 국민건강보험법 및 의료급여법의 문리해석 및 국민건강보험법과 의료급여법이 급여비용의 일부를 본인이 부담하도록 규정하는 점, 국민건강보험법에 의한 가입자 및 피부양자와 의료급여법에 의한 수급자가 급여비용의 일부를 부담하는 경우에 그 일부 부담 부분을 ‘본인부담금’이라고 파악하는 것이 대법원의 해석임(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도 10542 판결)

로 책임을 지고 내야 하는 금액의 일부를 감액하여 주는 행위를 의미한다.⁷⁷⁾

반면 국민건강보험법 및 의료급여법에 의한 급여대상이 아닌 진료비, 즉 비급여 진료비의 경우의료인이 스스로 그 금액을 자유롭게 정하고 환자 본인이 이를 전액 부담하도록 되어 있는 진료비는 ‘본인부담금’에 해당되지 않는다. 대법원은 이러한 부분까지 위 규정의 ‘본인부담금’에 해당한다고 해석하는 것은 형벌 법규를 지나치게 확장 해석하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 어긋나 허용될 수 없기 때문이라고 판시했다.⁷⁸⁾

한편 보건복지부는 개인별 상한금액을 예측해 의료기관이 월별 본인부담금을 할인하거나 약정금액만 받는 것은 본인부담상한제 사전급여 적용의 올바른 형태가 아니며, 이는 의료법상 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위로 볼 수 있어 의료법 위반이 된다고 유권해석을 한 바 있다.⁷⁹⁾

② 불특정 다수인에 대한 소개·알선·유인행위

이때의 ‘불특정’이란 상대방이 특수한 관계로 한정된 범위에 속하는 사람이 아니라는 것을 뜻하고, ‘소개·알선’은 환자와 특정 의료기관 또는 의료인 사이에서 치료위임계약의 성립을 중개하거나 편의를 도모하는 행위를 의미한다. ‘유인’은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위를, ‘영리의 목적’은 널리 경제적 이익을 취득할 목적을 말하는 것이다.⁸⁰⁾

관련된 대법원 판결의 사안을 예로 들면, A 병원장인 피고인이 의료인이 아닌 공동피고인들과 공모하여 서울역, 영등포역 등에서 노숙인들을 데려오기 위해 월 급여 등을 지급하였고, 공동피고인들이 담배, 생필품 등을 제공할 것을 약속하거나 그가 운행하는 자동차로 노숙인을 실어 A 병원에 데려와 피고인이 그들과 치료위임계약을 체결한 경우를 들 수 있다. 이 때 서울역, 영등포역 등에서 노숙인들은 특수한 관계로 한정된 범위에 속하지 않기 때문에 불특정 다수인에 해당한다고 보아 의료법이 금지하는 환자 유인행위가 된다고

77) 헌법재판소 2017. 12. 28. 2016헌바311 결정

78) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542 판결; 헌법재판소 2010. 10. 28. 2009헌마55 결정; 헌법재판소 2019. 5. 30. 2017헌마1217 결정

79) e-의료정보(2019. 11. 11.) “본인부담금상한제와 의료기관의 불법행위”, (<http://www.kmedinfo.co.kr/news/articleView.html?idxno=58116>, 최종방문 2025. 4. 9.)

80) 대법원 2019. 4. 25 선고 2018도20928 판결

보았다.⁸¹⁾ 또한 인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인 갑(甲) 주식회사의 공동대표이사인 피고인 을(을), 병(병)이 의사인 피고인 정(정)과 약정을 맺고, 위 사이트를 통하여 환자들에게 피고인 정(정)이 운영하는 무(무) 의원 등에서 시행하는 시술 상품 쿠폰을 구매하게 하는 방식으로 무(무) 의원 등에 환자들을 소개·알선·유인하고 그에 대한 대가로 시술쿠폰을 이용하여 시술받은 환자가 지급한 진료비 중 15~20%를 수수료로 무(무) 의원 등으로부터 받아 영리를 목적으로 환자를 병원에 소개·알선·유인하는 행위를 하였고, 피고인 정(정)은 피고인 을(을), 병(병)이 위와 같이 영리를 목적으로 환자를 의원에 소개·알선·유인하는 행위를 사주하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인 을(을), 병(병)이 환자와 의료인 사이의 진료계약 체결의 중개행위를 하고 그 대가로 수수료를 지급 받는 등 단순히 의료행위, 의료기관 및 의료인 등에 대한 정보를 소비자에게 나타내거나 알리는 의료법 제56조에서 정한 의료광고의 범위를 넘어 의료법 제27조 제3항 본문의 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선하는 행위를 하였다고 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단이 정당하다고 한 바 있다.⁸²⁾

4) 허용 가능성 - 의료시장 질서를 해하는지 여부

대법원과 헌법재판소는 의료법상 금지되는 환자 유인행위에 해당한다고 할지라도, 그것이 의료시장 질서를 근본적으로 혹은 현저히 해할 정도에 이르렀는지 여부를 다시 판단하여, 만약 그러한 정도에 이르지 않았다면 환자 유인행위에 해당하지 않는다고 보고 있다.⁸³⁾ 이는 의료행위가 기본적으로 환자라는 의료소비자에 대해 의료인이 의료서비스를 제공하는 것이고 이에 따라 의료시장이 생성되고 경쟁이 유발된다는 현실을 감안한다면, 의료행위도 영리적인 측면을 완전히 부인할 수 없는 것이어서 다른 시장 영역에서와 마찬가지로 시장의 기본적인 질서를 해하지 않는 범위 내에서 환자에 대한 의료서비스 경쟁이 일부 허용될 필요도 있기 때문이다.

헌법재판소 2010. 10. 28.자 2009헌마55 결정의 판시 이유에서도 이러한 측면을 찾아볼 수 있는데, 해당 결정에서 헌법재판소는 “구 의료법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것) 제27조 제3항은 …… ‘국민건강보

81) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017도7134 판결

82) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018도20928 판결

83) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542 판결; 대법원 2012. 9. 13 선고 2010도1763 판결

험법이나 의료급여법에 따른' 본인부담금의 면제나 할인행위를 금지하고 있는데, 위 조항의 문리해석 및 국민건강보험법과 의료급여법이 급여비용의 일부를 본인이 부담하도록 규정하는 점, 국민건강보험법에 의한 가입자 및 피부양자와 의료급여법에 의한 수급자가 급여비용의 일부를 부담하는 경우에 그 일부 부담 부분을 '본인부담금'이라고 본 대법원의 해석 등을 종합적으로 고려하면, 구 의료법 제27조 제3항에서 말하는 '본인부담금'이란, 국민건강보험법에 의한 요양급여를 받는 자(가입자 및 피부양자)나 의료급여법에 의한 수급자가 급여비용의 일부를 부담하는 경우에 그 부담 부분을 의미한다고 할 것이지, 국민건강보험이나 의료급여의 대상이 아닌 모든 경우에 환자 본인이 부담하는 비용을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.”고 하여, “청구인이 할인 이벤트의 대상으로 삼은 보톡스 주사, 제모 시술 등은 국민건강보험법 또는 의료급여법에 의한 급여대상 진료에 해당하지 아니하므로, 이에 대한 환자 본인의 부담금액에 대한 할인행위는 구 의료법 제27조 제3항에서 말하는 '본인부담금' 할인행위에 해당하지 아니함에도 불구하고, 피청구인은 이 사건 기소유에 처분을 하였는바, 이는 법리오해에 기초하여 이루어진 자의적인 처분에 해당하고, 그로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이므로 이 사건 기소유에 처분은 취소되어야 한다.”고 판단하기도 하였다.⁸⁴⁾

다. 외국 법제와의 비교

일본의 경우 우리나라와 같은 영리를 목적으로 한 일련의 환자 유인행위의 내용을 규율한 규정은 존재하지 않으나, 허위의 의료광고를 활용하여 환자를 유인하는 것을 금지하고 있다.

일본 의료법 제6조의5 제1항에서는 “누구든지 의업 또는 치과 의술 또는 병원 또는 진료소에 대해, 문서 기타 어떠한 방식을 불문하고, 광고 기타 의료를 받을 자를 유인하기 위한 수단으로서의 표시를 하는 경우, 허위 광고를 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 그러므로 일본은 의료법에서 의료광고는 환자의 알 권리를 보호하기 위한 의료정보의 제공이라는 측면을 강조하면서 그 의료정보가 진실된 것으로 법이 허용하는 범주에서 제공되어야 할 것이 요구되므로, '허위'의 의료광고를 수단으로 하여 환자에게 잘못된 의료정보를 제공하여 유인하는 행위는 금지되는 것으로 파악하고 있다.⁸⁵⁾

84) 백경희(2020), pp. 147~148

85) 백경희(2020), pp. 149~150

일본의 후생노동성은 2014년 4월 보험의료기관 및 보험의 요양담당규칙의 일부를 개정하면서, 보험의료기관의 경제상 이익 제공을 통한 환자 유인을 금지하고 있다. 즉, 보험의료기관이 환자에 대해, 해당 보험의료기관이 행한 수익업무에 관계된 물품의 대가금액을 할인하는 등 다른 건강보험사업의 건전한 운영을 해칠 우려가 있는 경제상 이익을 제공함으로써 해당 환자가 자신의 보험의료기관에서 진료를 받도록 유인하는 것은 금지되고(동 규칙 제2조의4의2 제1항), 사업자 또는 그 직원에게 환자를 소개하는 대가로 금품을 제공하는 등 다른 건강보험사업의 건전한 운영을 해칠 우려 있는 경제상 이익을 제공함으로써 환자가 자신의 보험의료기관에서 진료를 받도록 유인하는 것을 금지하였다(동 규칙 제2조의4의2 제2항).⁸⁶⁾ 이 경우 소개하는 대가로 제공되는 경제상 이익이라 함은 소개료를 비롯하여 면제 내지 할인 행위를 의미한다고 파악할 수 있다. 다만 이 규칙은 의료기관, 약국, 요양병원 등에서 건강보험의 적용을 받는 의료행위에 대하여만 적용되기 때문에, 미용성형시술과 같이 건강보험의 적용을 받지 않는 영역에 대하여는 적용되지 않는다.

라. 우리나라 보험회사 제공 헬스케어 사업 중 영리 목적 유인행위 해당성 검토

1) 불특정 다수인에 대한 의료기관 등 소개·알선·유인행위

우리나라 보험회사들이 현재 제공하고 있는 헬스케어 사업 중 의료법상 영리 목적의 환자 유인행위에 해당될 소지가 있는 영역은 불특정 다수인에 대한 의료인이나 의료기관을 소개하거나 알선하는 행위 여부이다. 특히 보험회사에서 일부 보험상품에 가입한 고객을 대상으로 하여 특정 의료기관이나 의료인에 대해 에스코트 서비스를 제공하거나 진료를 대신 예약 혹은 연계를 해주는 것은 고객인 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결의 성립을 중개하거나 편의를 도모하는 행위인 소개·알선행위 혹은 치료위임계약의 체결을 유도하는 유인행위가 될 소지가 높기 때문이다.

예를 들어 메트라이프생명의 헬스케어 서비스(360Health)에서 녹십자헬스케어와의 제휴를 통해 제공되는 헬스케어 서비스 중 병원예약 및 차량에스코트, 삼성생명에서 종합간병보험, 간편가입 종합간병보험 가입고객을 대상으로 하는 병원예약 및 상급종합병원 차량에스코트, 동양생명 엔젤맘스케어 중 진료예약 및 중대 질환 시 병원 간 앰블런스 이송 서

86) e-gov 웹페이지(https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=32M50000100015_20190701_501M60000100020&openerCode=1, 최종 방문 2025. 4. 9.)

비스와 서울 3차 병원 첫 진료 혹은 입·퇴원하는 경우 간호사 진료 동행 서비스, 흥국생명에서 제공하는 암SoGood암보험 가입자(월납 보험료 5만 원 이상)와 A+착한사랑치매간병보험 가입한 주 피보험자 대상의 병원 진료 및 치료편의 연계 서비스, 교보다솜케어가 U+ 유모바일 가입자를 대상으로 상급 병원 진료가 필요한 경우 질환별로 병원과 의료진을 안내해 주며 예약까지 연계하는 서비스가 그것이다.

검토컨대, 의료법에서 금지하는 불특정 다수인에 대한 의료기관 등의 소개·알선·유인행위에 해당하기 위해서는 ‘불특정 다수인’이라는 요건을 갖추어야 하는데, 이 경우의 ‘불특정’은 상대방이 특수한 관계로 한정된 범위에 속하는 사람이 아니라는 것을 의미하는바, 보험회사 헬스케어 사업으로 제공되는 위 예시의 각 서비스들은 특정 보험에 가입한 고객으로 상대방이 특수한 관계로 한정되기 때문에 해당 요건을 구비하지 못한다고 보인다. 또한 병원의 예약이나 에스코트 서비스가 위 특정 보험에 가입한 고객들의 동의와 자유로운 의사에 따라 정해진 의료기관에 대한 것이라면 소개·알선, 유인행위로 파악하기도 어렵다고 할 것이다. 다만 NH 농협생명이 제공하는 전문병원/명의 안내의 경우 특정 보험과의 연관성이 불투명한 상태에서 전체 고객에게 특정 의료인이나 의료기관을 지정하여 안내하는 경우는 NH 농협생명과 소정의 전문병원/명의와의 금품을 연계로 한 결탁 정도에 따라 의료법이 금지하는 영리 목적 환자 유인행위에 해당할 우려가 존재한다. 일례로 최근 교보생명의 자회사인 교보다솜케어에서 U+ 유모바일과 제휴하여 그 해당 가입자를 대상으로 한 것이 ‘불특정 다수인’에 해당할 수 있고, 이 과정에서 질환별로 병원과 의료진을 안내해 주며 예약까지 연계하는 서비스를 하면서 해당 의료기관에서 진료비 중 일정 비율을 수수한다면, 대법원 2018도20928 판결 사안의 구조와 같아 질 수 있어 영리 목적의 환자 유인행위에 해당하여 의료법 위반의 여지가 있다.

2) 비보험 진료비의 할인

의료법에서는 ‘본인부담금’의 면제나 할인을 금지하는 것이기 때문에, 국민건강보험이나 의료급여의 대상이 아닌 비보험 진료비를 의료기관이나 의료인이 할인하는 것은 의료법상 금지되는 영리 목적의 유인행위는 아니다.

그런데 보험회사가 제공하는 헬스케어 사업의 일환으로 제휴한 병원이나 의원에서 성형외과, 피부과의 비보험 진료비를 할인하는 서비스를 제공하는 것도 의료법 위반이 아닌지에 대해서는 검토가 필요하다. 실례로 ABL 생명이 제공하는 VIP고객과 전략보장성 상품

가입고객에 한하여 제후 병의원 비보험 진료비(성형외과, 피부과 등) 할인 서비스의 경우가 그러하다. 이 경우 ABL 생명의 VIP고객과 전략보장성 상품 가입고객으로 특정될 뿐만 아니라 국민건강보험이나 의료급여의 대상이 아닌 비보험 진료비의 할인으로 한정된다면 의료법이 금지하는 영역은 아니라고 파악된다.

3. 의료기관 개설주의 및 원격의료와의 관계

가. 문제점

의료법상 의료인이 수행하는 의료행위의 장소에 관한 제한은 보험회사의 헬스케어 서비스의 확장에 있어서도 제약이 될 수 있다. 보험회사 헬스케어 서비스에서 의료인인 의사가 전문적으로 상담하는 경우나 그것이 채팅이나 전화, 화상을 수단으로 하여 상담으로 이루어진다면 의료법상 의료기관 개설주의 및 원격의료와의 관계에서 법 위반이 될 소지가 존재하기 때문이다.

앞서 보험회사의 헬스케어 서비스로 제공되는 간호사의 상담이 진료에까지 이른다면 그 행위가 간호사 면허 범위 내의 업무가 아니기 때문에 무면허 의료행위의 우려가 있는 측면이 있는 반면, 의료기관 개설주의 및 원격의료의 문제는 의사가 전화 등을 통한 상담은 진료와 유사한 국면이 있더라도 면허 범위 내의 업무이기 때문에 무면허 의료행위에는 해당하지 않겠으나 의료법상 의료행위를 수행하는 장소적 한계 및 원격의료와의 관계에서 법 위반이 발생하는 것이므로 양자는 논의의 국면이 다르다.

따라서 의료법상 의료기관 개설주의 및 원격의료와 관련하여 보험회사의 헬스케어 서비스 중 의사의 전화 등을 통한 고객 상담행위의 국면을 중심으로 살펴보도록 하겠다.

나. 의료기관 개설주의의 의료법상 규정과 취지

의료법 제33조 제1항에서는 의료인이 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 각호에 열거한 ① 응급의료에 관한 법률 제2조제1호에 따른 응급환자를 진료하는 경우, ② 환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우, ③ 국가나 지방자치단체의 장

이 공익상 필요하다고 인정하여 요청하는 경우, ④ 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가정간호를 하는 경우, ⑤ 그 밖에 이 법 또는 다른 법령으로 특별히 정한 경우나 환자가 있는 현장에서 진료를 하여야 하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 개설한 의료기관 내에서만 의료업을 수행할 수 있도록 장소를 제한하고 있다. 그리고 제2항에서는 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사, 국가나 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인, 민법이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인, 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 준정부기관, 지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률에 따른 지방의료원, 한국보훈복지의료공단법에 따른 한국보훈복지의료공단이 아니면 의료기관을 개설할 수 없으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다고 정하고 있다. 그리고 동조 제8항은 단일한 의료인 면허를 소지한 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없도록 1인 1개소의 의료기관을 설치하는 것을 원칙으로 함으로써, 의료기관의 이중개설을 금지하고 있다.

의료법에서는 위와 같이 의료기관의 개설에 있어서 일정한 요건을 설정하여 제한을 두고 있는 것이 합헌인지에 대해 헌법재판소는 “국가는 국민의 건강을 보호하고 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다. 즉 보건의료는 단순한 상거래의 대상이 아니라 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 것으로, 의료기관을 개설하는 주체에 대한 규율이 가지는 사회적 기능이나 사회적 연관성은 매우 크다. 의료인이 아닌 일반 개인과 영리법인의 의료기관 개설을 허용할 경우, 의료기관의 명칭 아래 의료인이 아닌 자에 의한 무면허 의료행위가 성행할 우려가 있으며, 의료기관의 경영주체와 의료행위를 하는 의료인이 분리됨에 따라 보건의료의 질이 저하되거나 지나친 영리 위주의 과잉의료행위 등 진료왜곡, 의료자원 수급 계획의 왜곡, 소규모 개인 소유 의료기관의 폐업, 투자자의 자본 회수 등에 따른 의료기관 운영의 왜곡 등이 발생할 우려가 있다. 우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 국민건강보험 재정 등 국민보건 전반에 미치는 영향, 보건의료 서비스의 특성, 국민의 건강을 보호하고 적절한 의료급여를 보장할 사회국가적 의무 등에 비추어 보면, 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호·증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하기 위하여 이 사건 법률조항들에 의하여 의료인이 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 설립하는 자유를 제한하고 있는 입법자의 판단이 입법재량을 명백히 일탈하였다고 할 수 없다.”고 한 바 있다.⁸⁷⁾

다. 원격의료의 도입과 의료법상 규정

원격의료는 미국에서 시작되었는데, 미국은 국토가 방대하고 도시와 지리적으로 떨어진 격오지가 상대적으로 많아 그 곳에서 살고 있는 국민과, 교도소나 군대라는 일정한 공간을 이탈하지 못하는 국민은 도시에 비하여 의료적 혜택이 열악할 수밖에 없다. 이에 미국은 이들의 건강권 보호를 위하여 그 수단으로 정보통신기술을 활용하여 도시와 격오지의 공간적 격차를 탈피하는 원격医료를 고안하게 되었다. 그렇기 때문에 원격의료는 도시와 격오지 간의 원거리에서 이루어진다는 점과 정보통신기술을 수단으로 활용한다는 점이 특이점이다. 이후 미국과 같이 지리적인 이유 외에도 사회의 발전과 과학기술의 발달로 인해 원격医료를 도입하는 국가들이 늘어나게 되었고, 세계보건기구(World Health Organization; WHO)는 원격의료의 정의에 대하여 “원거리를 주된 요소로 하여 정보 및 통신기술의 활용을 통하여, 모든 보건의료종사자가 환자의 질병과 부상에 대한 진단과 치료, 그 예방, 연구 및 평가, 지속적 정보 교환을 하는 것, 보건의료종사자에 대한 지속적 교육을 하는 것, 기타 개인과 지역사회의 건강을 증진시키기 위한 건강관리 서비스 등”을 일컫는다고 범위를 확장한 바 있다.⁸⁸⁾

현행 의료법 제34조는 원격의료에 대한 규정을 두고 있는데, 이는 의료인 간 임상에서의 원격자문의 형태로 환자와 의료인 간 원격진료⁸⁹⁾와는 다른 양상이다. 즉, 의료법에서는 ‘의료인(의료업에 종사하는 의사·치과의사·한의사만 해당함)은 제33조제1항에도 불구하고 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 것’을 원격의료로 지칭하면서(동조 제1항), 원격医료를 행하거나 받으려는 자는 보건복지부령으로 정하는 시설과 장비를 갖추도록 하고 있다(제2항). 그리고 원격의료로 발생하는 사고에 대한 책임과 관련하여 원격医료를 하는 자(즉, 원격지 의사)는 환자를 직접 대면하여 진료하는 경우와 같은 책임을 부담하며(제3항), 원격지 의사의 원

87) 헌법재판소 2005. 3. 31. 2001헌바87 결정

88) World Health Organization(2010), pp. 8~9

89) 이러한 측면의 원격의료는 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제49조의3에서 ‘의료인, 환자 및 의료기관 보호를 위한 한시적 비대면 진료’에서 규정하고 있음. 동조에서는 ‘의료업에 종사하는 의료인(「의료법」 제2조에 따른 의료인 중 의사·치과의사·한의사만 해당함. 이하 이 조에서 같음)은 감염병과 관련하여 「재난 및 안전관리 기본법」 제38조제2항에 따른 심각 단계 이상의 위기경보가 발령된 때에는 환자, 의료인 및 의료기관 등을 감염의 위험에서 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 「의료법」 제33조제1항에도 불구하고 보건복지부장관이 정하는 범위에서 유선·무선·화상통신, 컴퓨터 등 정보통신기술을 활용하여 의료기관 외부에 있는 환자에게 건강 또는 질병의 지속적 관찰, 진단, 상담 및 처방을 할 수 있다’고 하였음(제1항)

격의료에 따라 의료행위를 한 의료인이 의사·치과의사 또는 한의사(즉, 현지 의사)인 경우에는 그 의료행위에 대하여 원격지 의사의 과실을 인정할 만한 명백한 근거가 없으면 환자에 대한 책임은 제3항에도 불구하고 현지 의사에게 있는 것으로 본다(제4항).

원격의료는 원거리라는 장애를 정보통신기술을 수단으로 극복하기는 하나, 기본적으로 의사와 의사 사이 혹은 의사와 환자 사이에 면대면(面對面)으로 직접적인 회의나 상담, 진찰을 하는 것이 아니기 때문에 한계가 존재한다. 그렇기 때문에 원격의료는 순기능과 역기능을 동전의 양면처럼 지니고 있다. 먼저 원격의료의 순기능으로는 초기의 원격의료의 원형에서와 같이 의료기관에 접근하기 어려운 격오지의 환자의 건강권 보호를 위해 정보통신기술을 활용한 의료서비스를 제공하고, 코로나19로 촉발된 비대면 사회에서 의료인과 환자 간 비대면 진단 및 온라인 처방을 가능하게 함으로써 환자의 편의성과 의료시스템의 효율성을 가져오며, 환자와 의료인 간 감염을 차단하는 수단이 된다. 하지만 원격의료의 역기능 또한 존재하는데, 의료인이 오감을 활용하여 직접적으로 환자의 상태를 진단하지 않기 때문에 진단방법이 한정적이어서⁹⁰⁾ 오진 등 의료과실 발생 가능성이 높아질 수 있고,⁹¹⁾ 원격자문이나 원격 모니터링이 활성화될 경우 환자가 의원급의 1차 의료기관보다 대형병원을 선호함으로써 나타나는 의료시스템의 붕괴 우려가 존재하며,⁹²⁾ 정보통신기술의 활용이 불가피하기 때문에 비의료인이 직·간접적 개입하게 되어 의료의 전문성이 훼손될 수 있고, 정보통신기술이 불완전하기 때문에 접속이 끊겨 원활한 의료행위가 전달되지 못하며, 해킹 등으로 인해 민감정보에 해당하는 개인의료정보의 침해가 유발될 수 있다는 점이 지적된다.⁹³⁾

라. 의사의 전화를 활용한 진료에 대한 대법원의 태도

대법원은 대법원 2020. 11. 12. 선고 2016도309 판결에서 전화를 활용한 진료에 대하여 의료기관 개설과 관련된 의료법 제33조와 원격의료에 관련된 의료법 제34조와의 관계 하

90) 대법원은 진단행위에 대하여 “문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터 잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위”라고 판시하면서 다양한 진단방법이 환자의 치료에 사용되어야 함을 판시한 바 있음; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결

91) 대한의사협회는 원격의료의 안전성이 담보되지 않는다면 원격의료의 확대를 반대한다는 입장을 유지하고 있음; 김지연(2020), p. 3; 조승국(2020), p. 48

92) 조혜선(2017), pp. 257~262

93) 참여연대사회복지위원회(2017), p. 103

에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

먼저 의료법 제33조 제1항과 제34조 제1항 간의 관계에 대하여 의료법 제33조 제1항은 의료인은 의료법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 법정의 경우를 제외하고는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다고 규정하고 있다. 대법원은 동조의 취지는 “의료법이 위와 같이 의료인에 대하여 의료기관 내에서 의료업을 영위하도록 정한 것은, 그렇지 아니할 경우 의료의 질 저하와 적정 진료를 받을 환자의 권리 침해 등으로 인하여 의료질서가 문란하게 되고 국민의 보건위생에 심각한 위험이 초래되므로 이를 사전에 방지하고자 하는 보건의료정책상의 필요에 따른 것”이라고 판단하면서, 의료인이 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할 수 있다고 규정한 의료법 제34조 제1항은 의료법 제33조 제1항의 예외를 인정하는 것으로 파악하였다. 즉, 대법원은 의료법 제33조 제1항에 따라 의료인은 의료기관 내에서 환자를 대면하여 의료업을 수행하는 것이 원칙이고, 의료법 제34조 제1항이 규정한 원격의료의 형태는 의료인 대 의료인 간 원격자문으로 한정된 것으로 제33조 제1항의 예외라고 판시한 것이다.

다음으로 대법원은 전화를 활용한 원격의료와 관련하여 “현재의 의료기술 수준 등을 고려할 때 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 의료행위를 행할 경우, 환자에 근접하여 환자의 상태를 관찰해가며 행하는 일반적인 의료행위와 반드시 동일한 수준의 의료서비스를 기대하기 어려울 뿐 아니라 환자에 대한 정보 부족 및 의료기관에 설치된 시설 내지 장비의 활용 제약 등으로 말미암아 적정하지 아니한 의료행위가 이루어질 수 있고, 그 결과 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래할 가능성을 배제할 수 없다. 이는 앞서 본 의료법 제33조 제1항의 목적에 반하는 결과로서 원격진료의 전면적인 허용을 뒷받침할 정도로 제반 사회경제적 여건 및 제도가 완비되지 않은 상태라는 점과 더불어 현행 의료법이 원격의료를 제한적으로만 허용하고 있는 주요한 이유이기도 하다. 이와 같은 사정 등을 종합하면, 의료인이 의료인 대 의료인의 행위를 벗어나 정보통신기술을 활용하여 원격지에 있는 환자에게 행하는 의료행위는 특별한 사정이 없는 한 의료법 제33조 제1항에 위반된다고 봄이 타당하다.”고 판시하였다. 이는 대법원이 전화를 활용한 진료의 현실적인 한계를 지적함과 동시에 ‘특별한 사정’이 존재한다면 전화를 활용한 진료가 가능할 수 있다는 점도 설시한 것으로 이해된다.

마. 보험회사 제공 헬스케어 사업에 대한 관련 법리의 적용

현재 보험회사가 제공하는 헬스케어 사업의 내용 중 교보생명⁹⁴⁾에 제공하는, 종신보험에 주계약 1억 원 이상 또는 CI보험 7천만 원이상 가입한 고객 대상으로 헬스콜센터를 통해 내·외과, 산부인과 등 각 분야 전문의 상담을 받을 수 있도록 하는 것은 의사가 수행하는 상담이 의료행위에 해당하는지, 그와 같은 행위를 의료기관 외에서 수행하는 것이 가능한지, ‘콜센터’는 전화를 활용한 진료에 해당하는데 원격의료에 해당할 수 있는지 등 각각의 지점이 문제될 수 있다.

검토컨대, 헬스콜센터를 통해 내·외과, 산부인과 등 각 분야 전문의 상담을 받을 수 있도록 하는 것은 단순히 간호사가 수행하는 것과는 다른 서비스 제공 양상으로 사료되고 전문의에게 전화를 활용하도록 하는 의료행위로 보인다. 이렇게 된다면 현행 의료법은 의사와 환자 간 원격의료를 인정하지 않고 있으므로 이와 같은 행위가 의료법이 허용하는 범주 내에 들어오기 위해서는 대법원이 실시한 바와 같이 특별한 사정이 있어야만 의료법 제33조 제1항의 위반이 되지 않을 것이다.⁹⁴⁾ 의료법 제33조 제1항 단서 각호의 경우가 그 ‘특별한 사정’의 예시일 것으로 보이는데, 가장 근접한 사유는 환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우(동 조항 제2호)일 것이나 현재 대법원은 이를 엄격하게 해석하고 있기 때문에 위와 같은 형태로 보험회사가 헬스케어 서비스를 고객에게 제공하는 것은 논란의 소지가 존재한다.

94) 백경희(2021), pp. 3~32