

## 의료 개념의 법사회학적 구성\*

이 상 돈

고려대학교 법과대학 교수

### < 목 차 >

- I. 의료 개념 - 의료법의 가장 어두운 장
- II. 의료 개념의 세 가지 구성요소
- III. 의료 개념의 사회적 구성
- IV. 성찰의 과제

## I. 의료 개념 - 의료법의 가장 어두운 장

### 1. 의료 개념의 실천적 중요성

오늘날 의료법은 전문법의 대표적인 분야이다. 그래서 의료법은 여러 로스쿨의 특성화 분과로 지정되기도 한다. 그러나 의료란 무엇을 뜻하는지는 명확히 해명되어 있지 않다. 실정법상으로 의료의 개념은 주로 무면허의료죄의 적용을 통해서 간접적으로 정립되어 간다. 무면허의료죄(의료법 제27조 제1항, 제87조 제1항 제1호)에서 말하는 무면허의료행위는 의료인의 면허없이 의료행위를 하는 행위라고 정의된다. 의료인의 면허는 의료법상 국가가 일정한 수준의 의학적 전문지식을 가진 개인에게 부여하는 제도적인 현상(법 제2조)이므로 그 내용이 분명하다. 이에 비해 그런 면허없이 의료행위를 한다고 할 때 면허없이 해서는 안 되는 의료행위가 무엇인지는 실정법 어디에도 명확하게 규정하고 있지 않다.

\* 심사위원 : 은송표, 이정원, 배병일

투고일자 : 2008. 7. 17, 심사일자 : 2008. 8. 11, 게재확정일자 : 2008. 8. 15.

그러나 의료 개념은 이처럼 불명확한 채로 방치하기에는 실천적으로 너무나 중요하다. 의료 개념은 의료인면허를 받은 자와 의료인면허가 없지만 의료인과 이웃해 있는 직업활동을 하는 사람들, 이를테면 심리상담사, 음성치료사, 피부관리사, 스포츠맛사지사 등 다양한 직역의 수많은 사람들 사이의 직능영역을 구획해주는 기능을 한다. 의료의 개념이 어떻게 정해지느냐에 따라 이들 이웃한 직역의 직업활동이 범죄적인 불법이 되기도 하고 합법적인 영업활동이 되기도 한다.

또한 의료 개념은 보건 개념과 어떻게 구별되고 또한 어떻게 통합적인 관계를 맺어야 하는지도 문제이다. 보건소에서 수행하는 질병예방사업 이외에 진료 기능에 대해 비판의 목소리를 높일 때 보건은 의료와 구별된다. 하지만 보건의료기본법에서 보건의료는 의료와 함께 종합적인 건강증진체계(health care system)를 구축한다. 약사는 의료인이 아니지만 보건의료인에는 속한다. 이처럼 보건의료 개념에 통합되면서도 보건 개념과 구별되어야 하는 의료 개념은 조제·투약 행위가 의료행위인지에 따라 의사의 직업권에 편입되기도 하고 그렇지 않기도 한다. 이는 다시 의약분업의 필연성여부를 가늠하게 만들기도 한다.

더 나아가 의료 개념은 생활세계에서 자연발생적으로 일어나는 질병치료를 위한 노력들, 이른바 민간요법이나 대체요법 등의 자유영역을 설정하는 권력적인 기제로 기능한다. 국가가 관장하는 의료 개념을 극도로 확대하면 시민들의 자유로운 삶이 억압당할 수 있다. 수지침을 놓는 행위, 뜸을 뜨는 행위들이 모두 의료 개념으로 포섭되면 시민들의 자유로운 삶은 심각한 타격을 입게 될 수 있다.

## 2. 의료 개념의 순환논리적 구조

이처럼 실천적으로 중요한 기능을 수행하는 의료 개념이 현행 의료법 어디에도 그 개념의 실체를 규정하고 있지는 않다. 하지만 의료 개념의 실질이 규명되지 않는다면, 의료행위뿐만 아니라 의료인이나 의료기계의 개념도 해명되지 않는다. 개념논리적으로는 의료인이란 의료를 행할 수 있는 지식과 경험이 있는 사람이고, 의료기계는 의료를 행하는데 사용되는 기구나 재료를 가리키기 때문이다. 현행 의료법은 의료 개념의 실질을 해명하지 않은 채 단지 〈의료인→의료행위→의료기계→의료인〉으로 이어지는 순환논리를 보여준다.

이를 설명하면, 첫째 ① 의료행위를 논리적 순환의 출발점으로 삼으면 의료행위는 의료인이 의료기재를 사용하는 행위가 된다. 특히 오늘날 의료기술의 시행이 의료기재의 사용과 분리되지 않는 점에 주목해보면 의료법 제12조(의료기술 등에 대한 보호)처럼 ‘의료행위는 의료인이 행하는 의료기술의 시행’이 된다. 둘째, ② 의료기재를 출발점으로 삼을 수도 있다. 이 때 의료기재는 의료행위에 필요한 수단이 된다. ‘의료기재는 의료행위를 위하여 필요한 도구·약품·기타 시설 및 재료’라는 의료법 제13조(의료기재 압류 금지)와 제14조(기구 등 우선공급)는 바로 이런 논리구조에 서 있다.

제13조(의료기재 압류 금지) 의료인의 의료 업무에 필요한 기구·약품, 그 밖의 재료는 압류하지 못한다.

제14조(기구 등 우선공급) ① 의료인은 의료행위에 필요한 기구·약품, 그 밖의 시설 및 재료를 우선적으로 공급받을 권리가 있다. ② 의료인은 제1항의 권리에 부수(부수)되는 물품, 노력, 교통수단에 대하여서도 제1항과 같은 권리가 있다.

셋째, ③ 의료인을 순환논리의 출발점으로 삼으면, 의료인은 의료행위를 하고, 의료행위에 필요한 수단인 의료기재를 사용하는 사람이 된다. 무면허 의료행위의 금지(의료법 제27조 제1항)는 바로 이런 논리구조를 갖고 있다. 즉, 의료인이외의 자가 의료행위를 해서는 안 된다는 것이며, 의료행위에 필요한 의료기재를 사용해서도 안 된다는 것이 된다.

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 보건복지가족부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다. <개정 2008.2.29>

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

이로써 ‘의료인이란 의료행위를 행하는 사람이고, 의료행위는 의료기재를 사용하는 행위이고, 의료기재는 의료인만 사용해야 하는 기재이다’라는 순환논리

가 분명해진다. 이런 순환논리는 의료의 개념을 해명하지 않는다. 그렇기에 사회적으로 언제나 이슈가 되는 무면허의료행위의 의미도 지금까지 그러해온 것처럼 앞으로도 의료법의 가장 암울한 장으로 남아있게 될 것이다.

### 3. 의료 개념의 역사성

이런 순환논리의 폐쇄회로를 계속 돌기만 하는 현행 의료법의 규정들에서 의료의 개념은 은폐되어 있다. 은폐된 개념은 권력과 금전의 논리, 그러니까 힘의 논리에 의해 왜곡 사용될 위험이 있다. 우리나라에서 무면허의료행위죄(의료법 제27조 제1항, 제87조)의 역사는 그런 왜곡의 역사를 안고 있을지 모른다. 바로 이 지점에서 의료 개념은 '논리적인 차원'만 갖고 있는 것이 아니라 '역사적인 차원'을 갖고 있다는 추측을 해볼 수 있다. 이 추측은 먼저 의료법에서 각자의 개념정의를 서로에게 미루고 의존적인 순환논리적 관계에 들어가 있는 의료인, 의료행위, 의료기재의 개념이 의료 개념을 내용적으로 규정짓는 것이 아니라 단지 의료 개념의 인프라구조일 뿐이라는 점에 대한 인식에서 출발해야 한다. 즉, 의료인은 의료 개념의 '주체'(subject) 차원을, 의료행위는 의료 개념의 '행위'(act) 차원을 그리고 의료기재는 의료 개념의 '수단'(means) 차원을 각각 가리킨다. 다음으로 그런 세 가지 차원에서 역사적 변화를 가정한다. 즉, 주체, 행위, 수단의 각 차원에서 의과학지식은 끊임없이 발전하고, 의료를 규율하는 법규범은 이념적으로 다양한 빛깔을 나타낼 수 있으며, 임상현실도 쉽없이 변화한다는 것이다. 그러면 의료 개념은 '역사적으로 변화하는 개념', 즉 어떤 의과학지식으로 개념화되고, 어떤 (법)규범으로 제도화되며 또한 어떤 모습으로 현실화되느냐에 따라 달라지게 되는 것임을 알 수 있다.

## II. 의료 개념의 세 가지 구성요소

역사적으로 변화하는 의료 개념의 구조를 이해하기 위한 첫 단계로서 의료 개념의 세 가지 차원이 각각 의료 개념을 어떻게 구성하는지를 분석하기로 한다.

## 1. 행위의 차원

첫째, 의료 개념을 규정짓는 것은 행위의 특성이다.

### 1) 질병의 치료와 예방

의료는 전통적으로 질병의 치료와 예방이라는 목적을 쫓는다.<sup>1)</sup> 그렇기에 건강을 도모하는 인간의 사회적 행위<sup>2)</sup> 가운데 ‘진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과 수술 등의 행위’<sup>3)</sup>가 의료행위가 된다. 이를 테면 ① 환자의 손목의 맥을 짚고 어깨와 허리를 눌러본 뒤 신경성심장병이라고 하면서 연뿌리 등을 조제하여 먹으라고 하는 행위<sup>4)</sup>나 ② 외상환자에게 환부에 소독약을 바르고 붕대를 감아주는 행위<sup>5)</sup>는 의료행위에 해당하게 된다. 또한 ③ 낫병을 앓는 환자에게 병력과 병증세를 묻고 낫속을 관찰한 후 중이염으로 진단하고 약을 조제해 주는 약사의 행위<sup>6)</sup>나 - 정부의 유권해석에 의하면 - ④ 혈압을 측정하는 약사의 행위도 의료행위에 해당할 수 있다.<sup>7)</sup> 정부의 유권해석은 여기서 더 나아가 ⑤ 스포츠 마사지 행위<sup>8)</sup>나 ⑥ 기(氣)와 영(靈)을 이용하는 행위<sup>9)</sup>, ⑦ 심지어 ‘신의 명을 받았다고 하는 자가 사람의 몸을 진맥하여 밀가루, 쌀가루 등을 환자에게 제공하는 행위’<sup>10)</sup>조차 질병의 치유를 목적으로 한 경우이면 의료행위에 해당할 수 있게 한다. 이런 해석들은 그 성격이 개념적으로 진찰, 검안, 처방, 투약, 외과수술 등에 해당할 수 있는 모든 행위를 의료행위로 파악하게 만든다. 그러나 이렇

1) Foster, G. M. & Anderson, B. G.(구본인 역), 『의료인류학』, 한울, 2002, 67쪽.

2) 의학이 인간의 질병에 관한 과학임과 동시에 건강에 관한 과학이기에 의학은 그 근본부터 “사회과학”(social science)일 수밖에 없다고 한다.(Rather, Lelland, J., *Disease, Life, and Man : Selected Essays by Rudolf Virchow*, Stanford : Stanford University Press, 1958, 66쪽).

3) 대판 1986. 10. 14, 86도1678.

4) 대판 1981. 12. 22, 80도2974.

5) 대판 1980. 7. 22, 80도1404.

6) 대판 1980. 4. 22, 80도426; 1980. 9. 9, 80도1157.

7) 의정 65507-1279, 94. 9. 16.

8) 의정 01254-3173, 91. 3. 7.

9) 의제 01254-20021, 87. 8. 26.

10) 의정 65507-490, 2000. 5. 18.

게 되면 비 의료인의 무면허의료행위와 (합법적인)비의료행위를 거의 구분지을 수 없다.

## 2) 행위의 위험성

여기서 대법원이 - 추측컨대 행정부의 유권해석과는 달리 - '사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 수 있는 지', 즉 위험성을 의료행위여부의 판단기준으로 삼는 이유를 알 수 있다.<sup>11)</sup> 예컨대 ① 카이로프라틱(척추교정) 시술<sup>12)</sup>은 의료행위에 해당하는 반면, ② 기도를 하게 한 다음 환부나 다른 신체부위를 손으로 쓰다듬거나 만져주는 행위<sup>13)</sup>는 생명, 신체를 해할 위험이 없다는 점에서 의료행위에 해당하지 않게 된다. 또한 질병치료를 위해 ③ 인체에 벌침이나 쏘뚝을 시술하는 행위도 - 이것들의 의약품 해당여부에 관계없이 - 의료행위가 된다<sup>14)</sup>

그러나 위험성의 판단도 역시 매우 불확실하다. 예컨대 ④ 언어장애자에게 정신안정법, 암시법, 호흡법 등의 정신요법을 시술하는 것은 의료행위인<sup>15)</sup> 반면, ⑤ 용변학원에서 말더듬 등의 노이로제 증세를 가진 수강생에게 언어장애를 교정하는 행위는 의료행위가 아니라는 상반된 판단을 내릴 때,<sup>16)</sup> 그 근거는 분명하지 않다. 또한 ⑥ 수지침의 시술이 과연 ⑦ 축진을 통해 신경성심장병이라고 진단하면서 연뿌리를 먹으라고 한 행위보다 얼마나 덜 위험한 것인지도 분

11) 대판 1986. 10. 14, 86도1678 참조. 이 판례와 같은 취지이나 대판 1992. 3. 10, 91도3340에서는 '의학상의 전문지식과 자격을 가진 의료인(의사 등)이 아닌 일반 사람에게 어떤 시술행위를 하게 하는 것이 사람의 생명, 신체나 일반 보건위생상의 위험이 발생할 수 있는 것인지 여부'라고 하여 의료인의 신분 또는 능력이 의료 개념을 구성하는 요소임을 분명히 하고 있다. 이는 앞서 설명한 의료 개념의 순환논리적 구성을 보여주는 한 단면이라 할 수 있다. 또한 이런 판단은 위험성 개념을 사람의 생명, 신체에 대한 구체적인 위험이 아니라 추상적 위험으로 이해(대판 1993. 8. 27, 93도153)한 결과이기도 하다. 무자격자가 행하는 의료행위는 그 자체로서 추상적 위험이 인정될 수 있기 때문이다.

12) 대판 1985. 5. 14, 84도2888.

13) 대판 1992. 3. 10, 91도3340.

14) 대판 1992. 10. 13, 92도1892.

15) 대판 1979. 5. 22, 79도612.

16) 대판 1980. 1. 15, 79도1003.

명하지 않다. 더 나아가 ⑧설문지에 의한 상담으로 체질분류를 하고 그에 따라 섭생을 시행하는 것(체질섭생법의 시행)<sup>17)</sup>이 왜 수지침보다 더 위험하고, 연뿌리 처방 행위보다 덜 위험한지도 알 수 없다.

2007. 2. 보건복지부 의료법 전부개정 법률안 제4조 (의료행위)는 ‘이 법에서 “의료행위”란 의료인이 관련 전문지식을 근거로 건강증진·예방·치료 또는 재활 등을 위하여 행하는 통상의 행위와 의료인이 하지 않으면 건강상 위해가 생길 우려가 있는 그 밖의 행위를 말한다.’라고 하여 의료행위를 규정한 바 있다. 이 규정은 의료의 개념을 의료 ‘행위’의 차원에 환원시킨 결함을 갖고 있으면서 판례의 입장을 따른 것이라고 할 수 있다.

## 2. 수단의 차원

둘째, 여기서 행위의 속성뿐만 아니라 건강을 도모하는 행위에 사용되는 기기나 재료의 위험성도 그 행위의 의료행위여부를 결정짓는 잣대로 등장하게 된다. 예컨대 ① 박피(필링)가 기능성 화장품(예: 프로페셔널 필링 포뮬러; Professional Peeling Formula)으로 이루어지면 의료행위가 아니지만, ② 의약품의 제제로써 얼굴을 박피하는 것은 미용술이 아니라 의료행위가 된다.<sup>18)</sup> 또 다른 예로 ③ 피부관리사가 테이프처럼 생긴 왁싱(waxing)으로 지나치게 많은 털을 제거하는 행위는 의료행위가 아니고 미용행위인 반면, ④ 제모레이저를 사용하여 털을 제거하는 것은 의료행위가 된다. 특히 식약청(FDA)에 의해 의료기기로 분류된 장비를 사용하여 질병의 치료나 예방을 도모하는 행위는 의료행위가 된다. 그러므로 예컨대 의료행위로서 피부관리와 비의료행위로서 피부미용의 구별은 각각 사용되는 기기가 의료기기이나 아니면 미용기기<sup>19)</sup>냐에 따라 좌우된다.

17) 이를 의료행위로 보는 의정 65507-577, 93. 5. 6 참조.

18) 대판 1994. 5. 10, 93도2544.

19) 한국피부미용관리사협회의 분류에 의하면(<http://www.estheticassn.com/index.htm> 참조)

(1) FRIMATOR - 얼굴 클렌징용 브러쉬, (2) SPRAY - 얼굴 PH밸런스용 분무기, (3) SUCTION - 얼굴 세정용 진공 흡입기, (4) VAPORIZER - 얼굴 수분 보충용 스팀, (5) GALANIC - 피부물질 흡수 촉진 용기, (6) HIGH FREQUENCY - 피부세포 활성화기, (7) LOW FREQUENCY - 피부세포 활성화기, (8) INFRA RED SAMP - 피부온열효과, (9) VIBRATOR - 피부활성용 진동기, (10) 확대경 - 얼굴피부확대용, (11) 피부측정기 - 얼굴 피부관찰, (12) 전신미용 관리기구 - 몸매 및 윤곽, (13) 온타올 찜기, (14) LIFTING - 얼굴 피부 주름 노화예방용, (15) SUNTAN기, (16) 영양공급 및 세포 활성화



### 3. 주체의 차원

셋째, 하지만 기재의 위험성만으로도 충분하지 않다. '의료행위인지 여부를 판단함에 있어 사용된 기기가 의료기기인지 여부는 문제되지 아니하며' 그 기기를 사용하는 행위자에게 의학적 전문지식이 있는지가 중요하게 된다. 예컨대 ① 시력을 회복시킬 목적으로 눈주위의 근육을 마사지하여 혈액순환을 원활하게 하는 가압식 미용기는 그 기기 자체의 위험성 때문이 아니라 의학적 전문지식이 없는 사람이 사용할 경우에 생명, 신체에 대한 위험이 초래된다는 점에서 그 기기의 사용은 의료행위가 된다.<sup>20)</sup> ② 옥시젯이나 비타민 C 이온영동법의 기기도 마찬가지이다. 의학적 전문지식의 유무를 객관화하는 제도가 국가가 관리하는 의료면허제도이다.

## III. 의료 개념의 사회적 구성

의료 개념을 해명하는 두 번째 단계는 이와 같은 의료 개념의 세 가지 구성요소들이 서로 어떤 상호작용 속에서 의료 개념을 사회적으로 구성하는지를 밝히는 작업이다.

### 1. 의료 개념의 질병화 메커니즘

이 작업을 위해서는 먼저 의료 개념에 내재한 질병화메커니즘을 해명할 필요가 있다. 의료는 주체, 행위, 수단의 모든 차원에서 질병과 대립항의 관계 속에 놓인다. 아래 그림은 이를 표현하고 있다. 즉, 의료행위는 질병을 치료하기 위한 것이고, 의료인은 질병의 원인과 치유에 관한 지식과 경험이 있는 자이며, 의료기재는 질병을 밝히고, 극복하는 인간의 행위를 돕는 수단이다. 그러므로 질병<sup>21)</sup>이 어떻게 구성되는가가 밝혀지면 의료 개념이 어떻게 구성되는지가 밝혀

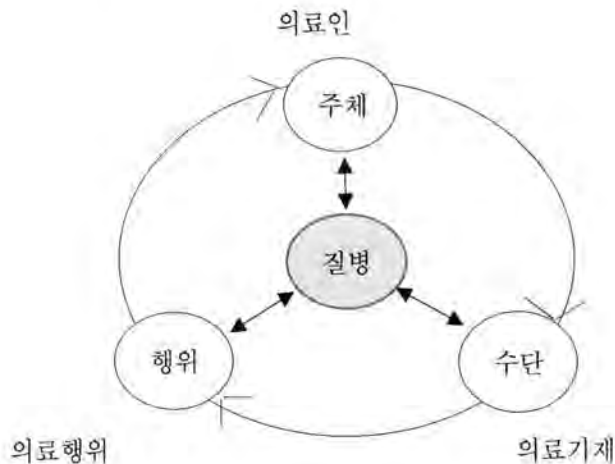
화를 위한 초음파 등이 있다.

20) 대판 1989. 9. 29, 88도2190.

21) 문화적인 질병 개념 정의를 시도하는 의료인류학 내지 의료사회학에 의하면 질병(disease)과 병(illness)은 개념적으로 구별된다(disease-illness 이분법). 전자에는 "병리



지게 된다. 아래에서는 의료 개념의 역사적 차원을 일단 제쳐놓고, 의료 개념을 구성하는 주체, 행위, 수단의 세 가지 요소가 질병 개념과 일정한 방식으로 대립항을 설정함으로써 의료 개념을 구성하는 사회적 상호작용을 밝혀보기로 한다. 이런 작업은 질병(화)과 의료 개념의 '인식론'이라고 부를 수 있을 것이다.



[그림 1] 의료개념의 세 가지 요소와 질병화 메커니즘

먼저 의료 개념이 질병 개념과의 대립항 속에서 형성된다는 점은 '질병이 의료보다 먼저 존재한다'는 인식과 같은 고정관념이 해체될 수 있는 전망을 제공해준다. 흔히 일상적인 이해로는 질병이 먼저 있고(先在), 질병이 존재하기 때문

학적 개념이라든가 '객관적' 개념이라든가 치료자(의학)측의 개념이 적용되며, 후자에는 "문화적 개념이라든가 '주관적' 개념이라든가 병을 앓는 주체측의 개념에 해당하는 경우가 많다"(Foster, G. M. & Anderson, B. G.(구본인 역), 『의료인류학』, 한울, 2002, 66쪽). 사회문화적 요소에 의존하는 질병 개념에 대하여 Ackerknecht, Erwin, H., "Malaria in the Upper Mississippi Vally, 1760~1900", *Bulletin of the History of Medicine and Ethnology : Selected Essays*, Baltimore : The Johns Hopkins Press, 1945; Blum, Richard, and Eva, Blum, *Health and Healing in Rural Greece : A Study of Three Communities*, Stanford : Stanford University Press, 1965 참조. 덧붙여 질병과 병뿐만 아니라 건강행위(Health Behavior), 건강상태(Health Status), 병인식(Illness Recognition), 치료(Medical Care), 의료체계(Medical Care System) 등과 같은 관련 어휘에 대하여 간단한 용어집(Glossary)을 제공하고 있는 Norman, A. Scotch, "Medical Anthropology", *Biennial Review of Anthropology* 제3권, 1963, 213~214쪽 참조.

에 그 질병을 치료하기 위한 행위(의료행위)를 하는 것이며, 그런 행위의 지식과 경험을 가진 사람(의료인)이 생겨나고, 또 그 사람이 사용하는 도구(의료기재)가 만들어진다고 본다. 하지만 이와 같은 질병과 의료의 선후관계는 단지 '논리적인 관계'(logical dimension)에 관한 상식적인 설정일 뿐이다. 질병이 있기에 의료라는 것이 아니라 의료가 있기에 질병이 있다는 인식의 전환을 할 때 의료 개념의 사회적 차원(social dimension)이 비로소 드러나게 된다.

### 1) 질병을 만드는 지식으로서 의료

첫째, 몸의 어떤 현상이 반복되거나 지속되고, 동시에 또는 그 현상에 이어 신경조절을 통해 그 몸의 주체가 몸의 고통을 느끼게 되면, 인간은 몸의 그 어떤 현상과 고통을 인과적 관계 속에 집어 넣는다.<sup>22)</sup> 그 현상 '때문에' 이 고통을 겪는다는 생각을 하는 과정은 어떤 몸의 현상을 '질병'으로 인지하는 일상적인 (의료)지식의 생성과정이다. 또한 몸의 고통을 느낀 사람은 그 고통을 반복하지 않기 위해 자신이 할 수 있는 것들 (예: 음식조절, 몸의 자세 변화, 수면시간의 연장 등)을 하게 된다. 이러한 질병의 인지와 극복은 근원적으로 인간들이 일상적으로 살아가는 삶의 세계(생활세계 Lebenswelt)에서 자연발생적으로 일어나는 현상이다.<sup>23)</sup> 의료의 개념은 이러한 생활세계적 현상에 그 뿌리를 둔다. 다만 오늘날 우리가 말하는 의료(근대적 의료)는 몸의 어떤 현상을 질병화하고 그 현상을 극복하는 과정을 '의과학'을 통하여, 특히 몸의 현상과 고통의 인과적 관계에 대한 해명과 그 극복을 '경험적·실험적 분석방법을 통하여, 그리고 끊임없이 미시세계로 환원시키는 방법을 통하여' 수행한다는 점(과학기술적 차원)에서만 특별할 뿐이다.

그런데 고통이란 단지 육체의 고통만은 아니다. 정신이 불안하면 육체의 고통을 느끼기도 한다. 또 정신의 불안은 고립된 개인의 심리적 특성이 아니라 사회적 관계 속에서 일어나기도 한다. 이를 테면 다리에 털이 많은 여자는 남성적인

22) 인과성 개념은 사회과학적인 것이건 자연과학적인 것이건 궁극적으로는 모두 인간들 사이의 의사소통적 현상임을 드러낸 글로 이상돈, "인과성 개념의 비판적 기능", 법학논집(고려대 법학연구원 간행) 제34집, 1998, 359~403쪽 참조.

23) 이런 점에 대한 비슷한 통찰로 황종국, "무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처 방안", 대한한약, 2000. 4., 384쪽 아래 참조.

라는 사회적 이미지 때문에 마음 아파하고, 남들보다 상대적으로 많은 털을 자기 삶의 고통으로 받아들이며, 그렇기에 그 많은 털을 제거하고 싶어진다. 이로써 상대적으로 많은 털은 사회적 상호작용 속에서 일종의 질병이 되며, 털의 제거는 치료의 하나가 된다. 여기서 의료의 개념에는 몸의 어떤 현상을 질병화하는 다양한 지식, 특히 사회적으로 생산되는 지식이 스며있음을 알 수 있다. 피부의학에서 이미 질병의 하나로 인정되는 지나치게 많은 털의 제거, 즉 제모(除毛)가 의료행위로 자리잡는 데에는 남들보다 좀더 많이 난 여자다리의 털을 부정적인 가치(심미적 가치)<sup>24)</sup>로 인지하게 하는 지식(심미적 지식)이 없이는 불가능한 것이다. 물론 피부의학은 그런 지식을 의학적 지식으로 세련화한다. 털이 과다한 원인과 증상, 치료 방법 등에 관한 과학기술적 지식의 생산과 세밀화는 그와 같이 일상적 지식을 의학적 지식으로 전환하는 과학기술화의 과정이다. 위의 그림 1에서 질병과 행위(의료행위)가 질병으로부터 일방적으로 행위로 향해 있지 않고, 쌍방향으로 표현되어 있는 것은 이러한 점을 나타내준다.

## 2) 질병을 만드는 주체로서 의료인

둘째, 일상세계에서 형성되는 (의료적)지식은, 예컨대 여자의 다리에 난 많은 털을 질병으로 규정짓도록 많은 털을 제거해야 될 대상으로 몰아간 심미적 지식은 사회구성원 사이의 의사소통과 상호작용의 결과로 생겨난 것이다. 뚱뚱한 몸의 질병화도 이와 마찬가지로이다. 여기서 그런 의사소통에 참여한 사람들은 '많은 털'이나 '뚱뚱한 몸'을 질병으로 파악하게 만든 주체라고 할 수 있다. 그 주체들 없이는 그런 심미적 지식을 창출하는 의사소통도 없으므로, 많은 털이나 뚱뚱한 몸의 질병화는 그 주체들이 이루어낸 것이라고 말할 수 있다. 의료인이라는 전문가 집단은 일상세계에서 질병을 만드는 지식, 즉 몸의 어떤 현상을 질병으로 인지시키는 지식을 더욱 체계화하고, 그것을 공식화하는 역할을 수행한다. 질병화하는 지식은 의료인에 의해 과학기술적 논증으로 체계화될 때, 보편적인 지식, 즉, 사회적으로 널리 통용되는 지식이 된다.

24) 여기서 심미적 체험과 가치가 법이 규율하는 대상(현실), 즉 의료법이 규율하는 질병현실을 구성하는 것임을 알 수 있다. 이는 심미적 체험과 가치가 법 그 자체를 형성하는 차원과 연장선에 있다. 그런 차원에 관해서는 이상돈, 법미학, 법문사, 2008 참조.

그러나 의료인은 생활세계에서 질병화하는 지식의 보편화를 촉진시키는 전도사 역할만을 하는 것은 아니다. 한 사회에 의료인이라는 전문가 집단이 역사적으로 형성되고나면, 의료인은 일반인이 갖지 못하는 권위, 그러니까 몸의 어떤 현상을 남들보다 ‘앞서’ 질병화하는 지식을 생산하고, 그 지식을 시민사회에 밀어넣어 보편적인 의료적 지식으로 만드는 선도적인 전위대 역할을 할 수도 있다. 예컨대 우리나라에서 1990년대 이후에 성형외과의사들이 다양한 언론매체를 통해<sup>25)</sup> 성형미용수술이 의료행위임을 전파시킨 모습은 그런 역할의 전형이라고 할 수 있다. 성형은 질병의 예방도 질병의 치료행위도 아니라는 인식, 다시 말해 아름답지 못한 얼굴이 추할 수는 있으나 아픈 것은 아니라는 인식이 지배적이었던 시대에 성형외과의사들은 ‘성형외과의사는 칼을 든 정신과의사’라는 수사학적 전략을 통해 추함과 정신적 질병을 연계시켰다. 그러니까 성형하고픈 욕망의 그림자로서 못생긴 얼굴이나 몸으로 정신적 질병을 앓는 인간상을 설정함으로써 못생긴 얼굴을 질병의 하나로 인지하는 의학적 지식을 생산해낸 것이다.

이 점은 판례에서도 쉽게 확인된다. 대법원은 이런 의학적 지식의 생산이 있기 훨씬 전에 콧날세우기 등의 미용성형수술은 누구나 할 수 있는 행위라는 입장이었다.<sup>26)</sup> 그러나 이 입장은 성형수술의 의학이 성장하면서 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 변경되었다.<sup>27)</sup> 물론 대법원의 논거는 ‘질병화하는 의학적 지식이나 의료인’ 논증이 아니라 성형수술의 위험성을 이유로 한다.

비슷하게 여드름도 1980년대까지만해도 질병으로 인지되지 않았지만, 피부과 의사들에 의해 의료적으로 관리되어야 할 몸의 현상으로 오랜 세월 반복적으로 선전됨으로써 여드름은 중대한 질병의 하나로 자리 잡았다.

이처럼 의료인의 언술행위는 어떤 몸의 현상을 질병으로 만드는 의사소통적 기능을 발휘한다. 이렇게 되면 질병 때문에 의료인이 있는 것이 아니라 의료인

25) 성형의 필요성은 지금도 사회적으로 더욱 강조된다. 대중잡지마다 빠지지 않는 성형에 관한 수많은 정보들과 성형외과 전문의의 계몽적 성형정보제공이 날로 증가하고 있다. 그 결과 질병으로 인식되는 것은 추한 몸의 현상을 넘어서 단지 남보다 덜 아름다운 몸의 현상에까지 점차 확장되고 있다.

26) 대판 1972. 3. 28, 72도342.

27) 대판 1974. 11. 26, 74도1114.

때문에 질병이 있는 셈이 된다. 그림 1에서 질병과 주체(의료인)가 질병으로부터 일방적으로 주체를 향해있지 않고, 쌍방향으로 표현되어 있는 것은 이러한 점을 나타내준다.

### 3) 질병을 만드는 수단으로서 의료기제

몸의 어떤 현상을 질병으로 인지하는 것은 질병화하는 지식의 생산이나 질병으로 이해하는 주체들의 의사소통적 행위에 의해서 뿐만 아니라 질병을 치료하는 수단의 개발에 의해서 촉진되거나 비로소 가능해지기도 한다. 치료수단의 부재(不在)는 몸의 어떤 이례적인 현상도 운명적인 현상으로 수용하게 만드는 작용을 할 수 있다. 운명을 이루는 요소는 질병이 아니라 단지 삶의 일부로 이해될 뿐이다. 과학기술적인 도구로서 의료기제도 마찬가지이다. 질병이 있고, 그것을 치료하는 효과적인 과학기술적 수단으로서 의료기제가 개발되기도 하지만, 정반대로 의료기제의 개발이 독자적으로 질병화하는 기능을 수행하기도 한다.

이를 테면 많은 털은 여성적인 아름다움에 거슬리는 현상이긴 하지만 전기제모기나 제모레이저가 개발됨으로써 비로소 질병이 되어버린 측면이 있다. 국소에 과다하게 털이 난 경우가 아니라 단지 좀 많이 난 털은 아직도 여성적 아름다움의 장애요소일 뿐이라는 일상적 인지가 강하게 남아 있지만, 제모레이저를 사용하여 다리의 털을 뿌리뽑는 행위는 의료행위로 승인되고 있고, 이는 곧 많이 난 털이 질병으로 개념화됨을 의미한다. 그러니까 전기제모기나 제모레이저의 개발과 보급은 좀 많이 난 털을 질병화하는 사회적 의사소통을 더욱 촉진시킨 것이다. 다리 털의 제거보다 비키니 수영복을 입을 경우에 수영복 밖으로 빠져나올 털의 제거도 레이저로 하는 한 의료행위가 된다. 그것도 간호사는 할 수 없고 오직 의사만 할 수 있는 의료행위가 되고 있다. 이로써 ‘비키니라인’을 넘지 않은 털은 정상이지만 그 라인을 넘은 털은 질병적인 현상이 되는 셈이다. 그러나 아직까지 대개의 사람들은 비키니라인 밖에 나온 털을 질병이기 때문에 제거하는 것이 아니라 (비키니 수영복을 입은 모습의)아름다움을 위해서 제거한다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 이처럼 분명하게 미용의 목적을 추구하는 제모행위가 법적으로 의료행위가 된 것은 바로 제모레이저의 등장 때문이라고 할 수 있다.<sup>28)</sup> 그림 1에서 질병과 수단(의료기제)이 질병으로부터 일방적으로

28) 물론 그런 질병화가 의료기제의 개발 때문만이라고 봐서는 안 된다. 예컨대 비키니라인

수단을 향해있지 않고, 쌍방향으로 표현되어 있는 것은 이러한 점을 나타내준다.

## 2. 의료체계의 질병화메커니즘

이상에서 질병과 의료 개념이 단지 자연과학적 개념이 아니라 사회학적 개념임을 알 수 있다. 이제 질병과 의료 개념의 사회적 구성이 '사회체계'(social subsystem), 즉 의료체계<sup>29)</sup>의 차원에서 이루어질 때<sup>30)</sup> 질병과 의료 개념이 어떤 이데올로기적 기능을 할 수 있는지를 해명해보기로 한다. 그런 기능의 해명과 극복은 의료 개념을 공정하게 설정하고, 무면허의료행위를 합리적으로 통제할 수 있게 해 줄 것이다.

### 1) 의료행위의 사회체계적 차원

#### (1) 의료의 과학화와 사회체계화

먼저 의료 개념을 구성하는 행위의 체계적 차원은 의과학이라는 학문체계에 관계한다. 이 학문체계는 의학적 가설을 세우고, 임상적 실험을 하여 그 가설이 제시하는 의료적 지식을 검증함으로써 질병의 치료에 필요한 지식을 공급한다. 의과대학이나 각종 의학회는 이와 같은 의학체계의 인프라가 된다. 각종 의학회

(bikini line)은 포스트모던의 문화적 양식의 성장과 함께 하는 현상이다. 비키니라인을 기준으로 제모하는 행위는 '형식은 기능을 따르는 것'(form follows function)이 아니라 합리적 문화양식이 기울고 거꾸로 '기능이 형식을 따르는 것'(function follows form)이라는 탈합리적 문화양식이 솟아오르는 사회의 변화 속에서 펼쳐지고 있는 것이다(이러한 문화적 양식의 변화에 대한 비판적 해석으로 나의 출간되지 않은 비평서, 이상돈, 『낮실은 행복, 모더니즘적 행복론』 참조).

29) 이 개념에 대해 자세히는 이상돈, 『의료체계와 법』, 2000, 고려대학교출판부, 15쪽 아래 참조.

30) 의료체계는 건강의 증진을 위해 숙고된 일련의 행동을 발전시키는 사회제도와 문화전통의 한 유형이라고 한다(Dunn, Frederick, L., "Traditional Asian Medicine and Cosmopolitan Medicine as Adaptive Systems", *Asian Medical System : A Comparative Study*(C. Leslie(ed.)), Berkeley : University of California Press, 1976, 135쪽). 이러한 모든 의료체계는 "그것을 받아들이고 있는 집단 구성원들의 건강을 목표로 하는 신조, 행동, 과학 지식, 기술의 모듈을 포함하고 있는 것"(Foster, G. M. & Anderson, B. G.(구본인 역), 『의료인류학』, 한울, 2002, 60쪽)이라고 한다.



가 만들고 관리하는 '임상의료지침'(Clinical Practice Guideline)은 그런 지식의 대표적인 상용화라고 할 수 있다. 의학체계는 그와 같은 지침의 관리를 통하여 의사와 환자 사이의 치료적 대화가 그 시대에 검증된 일정한 수준의 의학적 지식을 매개로 하여 전개될 수 있도록 한다. 이로써 의료행위는 개인적인 행위라 아니라 의과학에 의해 체계적으로 관리된 행위로서 수행된다. 의료행위의 체계적 수행은 질병의 치료라는 목적을 달성하는데 기여하며, 시민들이 누리는 의료의 수준을 꾸준히 향상시킨다. 그러므로 의료행위가 의학체계라는 사회체계의 하나 속에 편입되는 것은 기본적으로는 시민에게 이익이 된다.

## (2) 자기재생산적 의과학의 질병생산

하지만 의료행위의 사회체계화가 언제나 시민의 이익이 되기만 하는 것은 아니다. 왜냐하면 다른 사회체계의 경우와 마찬가지로 의학체계도 자족화의 길을 걸어갈 수 있기 때문이다. 즉, 사회체계에 편입된 의학은 루만(Luhmann)이 말하는 '자신의 존속을 가능케 하는 자기재생산의 메커니즘'(autopoiesis)<sup>31)</sup>에 복속한다. 바꿔 말해 의학이란 학문체계는 질병의 치료보다는 의학적 지식 그 자체를 위한 지식의 재생산을 도모하기도 한다. 질병이 있기 때문에 의학적 지식을 생산하는 것이 아니라, 의학이란 학문체계를 위하여 의학적 지식을 끊임없이 재생산해내는 것이다. 의학적 지식의 지속적인 재생산은 몸의 어떤 현상을 질병화하는 지식의 지속적인 세분화를 가져온다.<sup>32)</sup> 임상의료지침의 질병과 치료목록이 줄지 않고 언제나 길어져만 가는 현상은 이를 보여주는 것이기도 하다.

이러한 의학적 지식의 확대재생산은 의학의 세분화 현상으로 나타나기도 한다. 이를 테면 '메이저'과를 표현하는 말인 '내외산소'(내과, 외과, 산부인과, 소아과) 개념은 오늘날의 의료체계에서 의료적 지식을 재생산하는 전문분과를 나타내기엔 턱없이 부족하다. 예를 들어 신경(내)과는 내과로부터 분화되어 독립했

31) 이 개념은 근본적으로 사회체계의 자기재생산메커니즘을 해명한 Luhmann, *Soziale systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, 25쪽 참조; 이러한 루만의 이론은 생물적 유기체가 지닌 특성으로서 자기재생산성에 대해 연구한 생물학자, 특히 Maturana, Varela 등의 이론에 영향을 많이 받았다.

32) 의학이 질병을 만드는 점을 정신병학 영역에서 수많은 실증적, 역사적 연구를 통해 보여준 Foucault, 『광기의 역사』(김부용 역, 인간사랑, 1999)와 『임상의학의 탄생』(홍성민 역, 이매진, 2006) 참조.

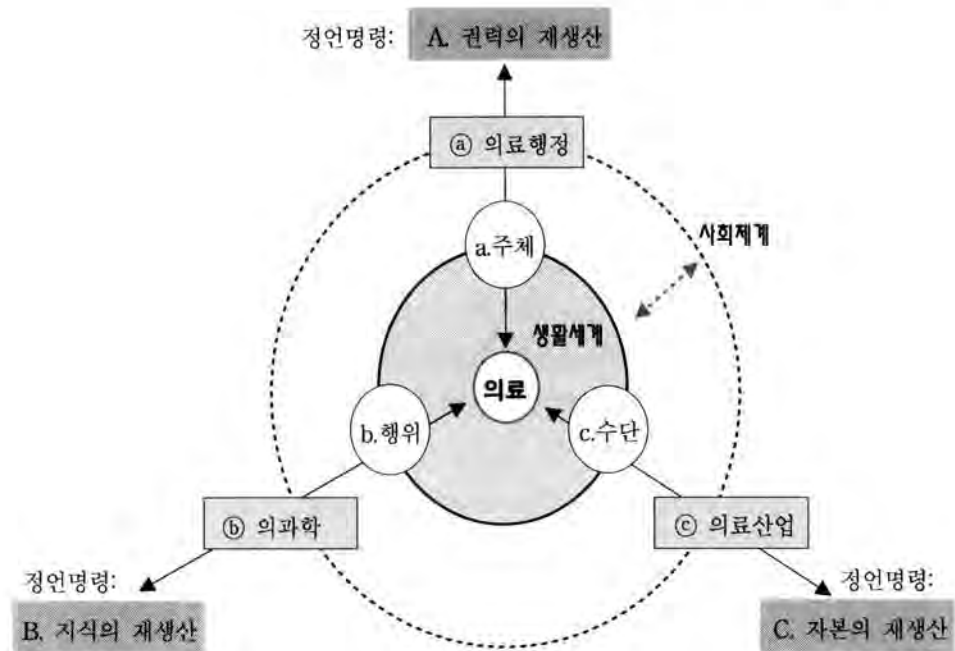


지만, 일반인들은 신경정신과의 한 분과인지 아니면 내과나 신경외과의 분과인지 잘 알지 못한다. 그렇지만 신경과는 성장해왔고, 이제는 종합병원의 한 과로 자리잡아가고 있다. 그런데 신경과의 성장은 스스로의 존립을 위해 신경내과의 고유영역을 확장하게 된다. 이 영역의 확장에서 뇌사진단은 의료행위의 하나로 확고하게 자리매김되고, 또 제도적으로 활성화되어야 하는 필요성이 강조되었다.<sup>33)</sup> 이외에도 다양한 전문분과가 지속적으로 성장하고 있다. 코스메틱피부과학의 성장도 그 한 예이다. 그 성장의 과정에서 치료와 미용은 융합되고, 의료행위와 미용행위는 통합되며, 그 결과 더 많은 몸의 현상들이 질병화되고 의학적 관리의 대상으로 자리잡아간다. 전문의학의 지속적인 성장은 의료적 지식의 확대재생산이고, 이는 다시 질병화의 확대를 가져온다.

여기서 의학체계의 세분화와 성장이 그 자체로서 반(反)가치적임을 말하는 것이 아님에 다시 한번 주의할 필요가 있다. 이를 테면 메디컬스킨케어의 성장과 독립은 건강한 피부와 함께 하는<sup>34)</sup> 삶을 기약한다는 점에서 가치있는 현상이다. 하지만 의료행위의 사회체계화는 질병화하는 지식의 확대재생산을 '시스템의 정언명령'(Systemimperativ)으로 삼을 수밖에 없고, 그 부수적인 결과로서 인간을 위한 질병화가 아니라 의학을 위한 질병화가 일어날 수도 있다는 점이 의료의 개념을 형성할 때 간과되어서는 안 된다. 아래 그림 2의 <b.-⑥-B.>는 의료행위가 생활세계에서 사회체계의 차원으로 확장되고, 그에 따라 그 체계를 구성하는 요소로서 의과학의 지식재생산이라는 정언명령에 예측되는 점을 표현하고 있다.

33) 특히 뇌사 현상에 대한 신경과의 독점적 관할이 죽음의 사회적 지평을 거세시킬 위험성을 경고하는 이상돈, 『생명공학과 법 : 생명의 공학화와 절차적 재생산』, 아카넷, 2003, 227쪽 아래 참조.

34) 피부는 아름다움을 이루는 몸의 표피적인 그러나 중심적인 부분이 됨(이를 단적으로 표현하는 말로 '皮膚美人'(피부과 전문의 최국주 지음, 동명사, 1996 참조)을 들 수 있다)을 넘어서 정신과 영혼이 교감하는 대화의 파트너로까지 상징되는(이를 보여주는 책으로 피부과 전문의 정혜신, 피부에 말을 거는 여자, 소담출판사, 2002 참조) 단계에 이르고 있다.



[그림 2] 의료 개념의 사회체계화

## 2) 의료인의 사회체계적 차원

의료행위와 마찬가지로 의료인도 사회체계적 차원을 갖는다.

### (1) 면허에 의한 의료인격의 체계적 관리

의료행위에 필요한 의학적 지식과 경험을 지닌 사람으로서 의료인은 생활세계에서 그 능력을 인정받는 것만으로는 부족하고, 국가의 행정체계에 의해 의료를 행하는 능력(의료행위능력)을 지닌 주체로 - 법적 개념으로는 의료를 행할 법인격(Person), 줄여서 '의료인격'(또는 의료법인격)을 - 인정받는다. 행정관청의 의료인면허(의료법 제2조)는 의료인격을 체계적으로 관리하는 제도이다.

체계적으로 관리된 의료행위능력의 자격을 갖춘 사람만 의료행위를 하게 함으로써(의료독점 Ärztemonopol) 의료행위능력이 없거나 요구되는 수준에 못 미

치는 사람이 의료를 행할 경우 초래될 환자의 생명과 신체에 대한 위험을 막을 수 있다. 이런 점에서 의료인면허제도는 기본적으로 시민의 이익으로 돌아간다. 의료인면허제도에 따른 의료독점과 관련하여 헌법재판소는 합헌결정을 내린다고 있다.<sup>35)</sup>

## (2) 의료인격의 권력재생산에로의 복속

하지만 행정권력이 의료행위능력을 검증하고, 의료인격의 부여와 박탈 및 제한을 담당하게 되면 의료는 생활세계 속에서 자연발생적으로 생성·변화·소멸해가는 의료의 규범적 논리, 즉, 인간을 질병의 고통으로부터 해방시키는 목적으로부터 멀어지거나 심지어 그런 목적의 실현을 방해하는 결과가 빚어질 수도 있다. 그 이유는 단지 '민간요법'이나 '민간의학'의 초도화를 가져올 위험<sup>36)</sup> 때문만이 아니다. 그 근본적인 이유는 의료면허를 관리하는 행정관청은 '권력의 (확대)재생산'이라는 정언명령에 복속된다는 점에 있다. 즉, 보건복지행정의 의료면허권은 한편으로는 의료행위능력의 객관적인 검증을 통하여 국민이 받는 의료서비스의 수준을 체계적으로 관리하는 것이지만, 그 관리는 동시에 행정권력의 확대재생산을 꾀하는 행위이다. 행정시스템을 지배하는 정언명령인 '권력의 (확대)재생산' 현상은, 이를 테면 의료법에서 얼마나 많은 사항이 행정입법(대통령령, 보건복지부장관령, 행정규칙, 더 나아가 고시 등)의 형식으로 행정관

35) 현제결 1996. 10. 31, 94헌가7: "의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 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 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분할 수 있는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 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 없고, 외국 의 입법례를 보아도 의료인면허제도를 채택하고 무면허 의료행위를 사전에 전면금지하는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다. 이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계 없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은, 대안이 없는 유일한 선택으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다."

36) 이 점을 강력히 경고하는 황종국, "무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처방안", 대한한약, 2000. 4., 382쪽 아래 참조.

료에게 위임되고 있는지를 살펴 보면 더 이상의 긴 설명을 필요로 하지 않는다. 의료전문가는 행정권력의 의료인격관리를 통하여 의료에 대한 배타적인 독점권을 확보하지만 다른 한편, 그 행정권력에 의해 의료전문가로서 자기책임하에 의료를 자유롭게 할 권리를 행정관료에게 내준다.

예컨대 의료인이 자신의 의료행위능력을 어떻게 표현할지(의료광고), 언제 어디서 누구를 치료하고 치료하지 않을 지, 병·의원을 몇 개 개설할지 등등 거의 모든 사항을 행정관료에 의해 규율받게 된다. 또한 일반의로서 아무리 특수한 분야(예: 성형외과)의 실무경험을 통하여 의료행위능력을 쌓아도 그 분야의 면허를 받지 못하면 자신을 그 분야의 전문의료인으로 표방할 수도 없다. 더 나아가 의사는 간호사나 기타 의료인과 어떤 분업을 할 수 있는지도 행정관료의 지시에 따를 수 밖에 없다. 결국 의사와 환자의 만남이 하버마스의 철학적 용어를 빌면 법제화된 “추상적 폭력”(gewalttätige Abstraktion)에 복속되고 마는 것이다<sup>37)</sup>. 그림 2의 <a-①-A>는 이 점을 표현해준다.

### ① 생활세계 내의 의료행위 억압

법제화된 추상적 폭력에 갇힌 의료인 개념은 의료의 규범적 논리가 아니라 권력의 확대재생산이라는 정언명령에 의해 그 내포와 외연이 정해진다. ① 외연적으로 보면 의료인면허를 가지지 않은 사람들이 생활세계에서 자연발생적으로 하게 되는 의료적 행위, 바꿔 말해 건강을 돌보는 행위가 모두 무면허의료행위로 낙인찍힐 위험이 발생한다. 예컨대 앞서 설명한 바와 같이 스포츠마사지 행위나 기(氣)와 영(靈)을 이용하는 행위, 심지어 ‘신의 명을 받았다고 하는 자가 사람의 몸을 진맥하여 밀가루, 쌀가루 등을 제공하는 행위’까지도 무면허의료행위가 된다. 이들 행위가 의과학의 지식을 잘 모른 가운데 사용하거나 과학기술적인 의료기재를 사용하여 행해지지 않음에도 불구하고, 바꿔말해 사회체계로서 의료체계에 편입되는 의료적 행위가 아님에도 불구하고 행정당국이 무면허의료행위로 보는 것은 국가권력의 과잉행사이다. 그런 행위에 대한 법적 규율은 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 해가 발생하는 경우에 과실치사상죄(형법

37) Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd.2, 1981, 532쪽; 이에 관한 개괄적인 설명으로 이상돈/홍성수, 『법사회학 : M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임』, 박영사, 2000, 제3장 참조.

제266조)를 적용하는 것, 즉 보충적인 형사처벌만으로 충분하다.<sup>38)</sup> 생활세계의 자연발생적인 모든 의료적 현상들을 무면허의료행위죄로 낙인찍고 무차별적으로 처벌하는 것은 생활세계 내의 개인적인 상호작용을 과도하게 권력적으로 지배하는 것이 된다. 이는 헌법상 과잉금지원칙(제37조 제2항)에 위배되며 형법이론적으로는 형법의 보충성원칙 또는 단편적 성격<sup>39)</sup>에 위배된다. 어쨌든 면허제도에 터잡아 국가가 시민들이 그들의 생활세계에서 누려야 할 자유를 박탈하는 셈이 된다.

## ② 비의료적 판단의 강요

의료인격의 판리를 통한 행정권력의 확대재생산은 의료인 자신에게도 비의료적 판단을 강요하게 만든다. 이를 테면 의사가 간호사 또는 의료영역과 이웃해 있는 비의료적 직업인들(예: 피부관리사, 심리상담사, 스포츠마사지사, 사회체육지도자, 원예치료사 등)에게 어떤 업무를 분담시킬 것인지를 의사협회와 각 전문의학분과의 학술단체 및 협회와 같은 전문가집단이 자율적으로 정하지 않고, 소수의 행정관료가 정한 기준에 따라 결정해야만 하는 강제가 이루어진다. 이를 테면 피부과 의사가 의학적 피부관리를 위해 피부미용관리사를 어느 범위에서 사용해야 하는지도 피부과학회나 협회에서 정할 수 없다. 시민들에게 양질의 피부관리서비스를 최대한 제공하기 위해서, 피부관리사에게 어느 범위에서 어떤 방식으로 의학적 피부관리를 분담시켜야 하는지, 다시 말해 피부관리사의 업무수행능력을 어디까지 이용할 때 그로 인해 발생하는 위험원을 효과적으로 지배할 수 있는 지는 피부과 의사들이 가장 잘 알 수 있을 텐데도 그러하다. 그러나 현행 무면허의료행위죄의 규범틀 안에서는 그런 의학적 판단에 기초한 분업행위를 이유로도 의사는 무면허의료행위죄의 범죄자로 낙인찍힐 가능성이 존재한

38) 미국에서는 카이로프라틱(Chiropratic), 침술(Acupuncture), 동종요법(Homeopathy), 자연요법(Naturopathy) 등과 같은 대체의료제공자에 대해 해당 치료행위에 대한 면허를 발급하고 있으며, 면허가 없이 의료행위를 하는 것에 대해서는 무면허의료행위에 대한 처벌을, 면허가 있는 의료행위에서 일어난 의료과오(malpractice)에 대해서는 일반 의사에게 적용되는 설명의무(duty to inform)와 대위책임(Vicarious Liability)의 법리에 따라 책임을 지게 하고 있다(Aimee Doyle, J. D., "Alternative Medicine and Medical Malpractice", *The Journal of Legal Medicine* 제22권, 533~562쪽 참조).

39) 형법의 단편적 성격(fragmentarischer Charakter)에 관해서는 Maiwald, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, 9쪽 참조.

다. 이러한 아이러니는 면허제도의 행정권력적 관리가 국가권력의 재생산에는 기여하지만 때로는 의료를 오히려 위축시키는 역기능을 갖고 있음을 분명하게 말해준다.

### ③ 유사의료행위

2007. 2. 보건복지부 의료법 전부개정 법률안 제113조 (유사의료행위 등)는 “① 의료인이 아닌 자가 행하여도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 경우에는 제5조에 불구하고 유사의료행위를 할 수 있다. ② 제1항에 따른 유사의료행위의 종류, 유사의료행위자의 자격 및 업무범위 등 유사의료행위에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.” 이 조항에 의하면 피부미용사나 심리상담사, 음성치료사, 스포츠마사지사 등 의료에 이웃해 있는 직업인들에게 일정한 범위에서 의료행위를 할 수 있게 된다. 또한 예컨대 피부미용사를 고용하여 크리스털필링을 시킨 피부과전문의가 무면허의료죄로 처벌<sup>40)</sup>되는 우스꽝스러운 결과도 막을 수 있게 된다. 그러나 이 조항은 의료영역의 일부를 비의료인인 일정한 직업군에게 (독립개원하여 시술할 수 있는 권한까지) 이양시킨다. 그러나 그런 직업의 건강관리서비스(health care service)는 의료사회에서 이미 의료의 개념에 포섭되었고, 그렇게 확장된 현대적인 개념의 의료가 상당히 오래전부터 ‘계약’에 의한 (의사와 해당 직업인 사이의) ‘협업’의 형태로 수행되어 오고 있다. 또한 협업은 비의료인의 건강관리행위에 수반되는 위험을 통제하는 방식으로 이미 상당한 정도로 우리의 의료생활문화의 한 부분이 되고 있기도 하다. 그러므로 그런 직업군의 의료행위는 반드시 의료인과 협업의 형태로 수행할 수 있게 함이 타당하다.

### ④ 사회보장목적에 기능화된 의료인격

여기에서도 사회보장적 의료보험체계를 구축하는 보건의료행정은 의료인의 자유박탈을 대가로 하는 권력의 재생산을 넘어서 정치적 지배의 확립을 지향하기도 한다. 개념적으로 불명확한 부당보험청구(“부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 때”)를 면허취소나 정지사유로 규정하려는 것<sup>41)</sup>은 의료보험재정의 건전

40) 무면허의료죄(보건범죄단속에관한특별조치법 제5조)의 공동정범을 인정한 대판 2003.9.5. 2003도2903 참조.

41) 의료법 제66조 (자격정지 등) ①보건복지가족부장관은 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있다. 6. 관련 서류를 위조·변조



화를 도모하여 사회보장정책의 성공을 선전하기 위한 것일 수 있다.<sup>42)</sup>

사회보장체제의 확립은 국가의 정치적 지배의 정당성을 확보하는 중요한 조건이 된다. 그러니까 의료인격의 행정적 관리를 통한 행정관료의 권력재생산은 국가의 정치적 지배를 확립하는데까지 뻗어나가고 있음을 알 수 있다.

### 3) 의료기계의 사회체계적 차원

의료기제도 사회체계적 차원이 있다. 의료체계를 구성하는 의료산업의 발전은 질병을 효과적으로 치료하는 수단의 개발을 가져온다. 따라서 의료산업의 발전은 기본적으로 시민의 이익으로 돌아간다. 오늘날 질병치료의 효과적인 기자재가 거의 의료선진국에서 생산되고 있는 현실을 보면 의료기자재산업의 발전이 곧 의료의 발전이라고 해도 결코 과언이 아님을 쉽게 알 수 있다. 하지만 의료산업이 편입되어 있는 경제체계는 의료산업으로 하여금 '자본의 확대재생산'이라는 시스템의 정언명령을 따르도록 강제한다. 자본주의적 시장질서 위에서 의료기계를 생산하는 산업은 질병의 치료라는 목적을 좇기보다는 그 목적을 효과적으로 달성하는 상품을 생산함으로써 수익성의 증대를 꾀한다. 이 자본의 확대재생산이라는 정언명령은 질병 때문에 의료기계를 개발·생산하는 것이 아니라, 정반대로 산업의 수익성을 유지·증대시키기 위해 의료기계를 사용하게 만든다. 첨단 고가의 장비를 개발하면, 팔아야 하고, 그 장비를 사들인 병원도 수익성을 유지하기 위해서는 그 장비를 가능한 많은 사람들에게 사용해야 한다. 예를 들어 제모레이저의 생산은 제모행위를 의료행위로 만들어 놓았을 뿐만 아니라 피부과 의사로 하여금 - 물론 드문 사례이긴 하겠지만 - 경영상의 이유로 제모레이저에 의한 제모를 권유하는 동기를 갖게 만들기도 한다. 이렇게 되면 산업적인 의료기기의 생산이 의료(행위)를 자본의 재생산이라는 정언명령에 예속하게 만드는 체계적 왜곡을 가져온다고 말할 수 있다. 이런 왜곡 속에서 진행되는 질병화과정은 생활세계에서 자연발생적으로 형성·변화·소멸하는 의료의 논리에서 상당히 떨어져 있는 것이라 할 수 있다. 앞의 그림 2의 <c-©-C.>는 이러한 점을 표현한다.

하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 때.

42) 이에 관해서는 이상돈, "의료체계의 사회공학적 기획 - 그 비판적 전망", 대한의사협회 주최 건강보험재정대책 대토론회(2001. 6. 30.) 주제발표문 참조.



#### IV. 성찰의 과제

이제까지 살펴본 바를 요약해보면, 첫째, 생활세계 내에서 의료의 세 가지 구성요소인 주체(의료인), 행위(의료행위), 수단(의료기재)은 몸의 어떤 현상을 질병으로 만든다. 둘째, 사회체계로서 의료체계는 각각 권력의 재생산(정치행정권력을 위한 의료독점권의 관리), 지식의 재생산(질병을 치료하고 질병을 만드는 의학지식의 재생산), 자본의 재생산(치료수단을 공급하고 의료산업의 수익성을 도모하는 의료기재의 재생산)이라는 정언명령에 예속된 채, 의료를 체계적으로 구성해간다. 셋째, 이 체계적 구성은 다시 의료생활세계 안에서 주체와 행위 그리고 수단의 차원에 각각 연장되어 의료 개념을 형성한다.

여기서 나의 이 의료 개념 분석이 의료 개념의 사회적 구성을 부정적으로만 평가하고, 그렇기 때문에 그런 사회적 구성의 메커니즘을 제거해야 한다는 주장을 하는 것으로 오해되어서는 안 된다. 왜냐하면 의료적 지식과 의료적 수단의 과학기술적 생산과 의료전문가집단의 형성은 인류의 평균수명이 지속적으로 늘어난 점에서 보듯 기본적으로 시민의 이익에 이바지하는 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이제까지의 설명이 주로 의료 개념의 사회적 구성에는 의료의 구조적 왜곡 현상이 내재되어 있음을 간과할 수 없다. 이런 현상에 대한 통찰은 인간의 삶에서 진정하게 ‘적정한 의료’란 어떤 것이어야 하는지에 관해 균형잡힌 전망을 갖게 하는 토대가 될 수 있다.

또한 그런 전망에서 가장 중요한 장면은, 비록 의료가 자연적으로는 인간의 행복한 삶을 위한 것이긴 하지만, 의료 개념이 사회적으로 구성되는 방식에 따라서는, 오히려 의료가 목적화되고 인간의 삶이 그것의 수단으로 전락하게 될 수 있다는 점이다. 물론 의료 개념(근대적 의료<sup>43)</sup>)의 그와 같은 ‘부정의 변증’<sup>44)</sup>은 의료인 집단에게 그 책임이 전속되어야 할 것은 아니다. 의료 개념의 사회적

43) 여기서 의료는 의과학이라는 학문과 의료체계라는 사회체계의 성장 그리고 탈주술화된 의료행정이 상호작용을 벌임으로써 형성되는 의료, 그러니까 근대적 의료 개념을 가리킨다.

44) 이 용어는 서구의 근대사회에서 공리와 같은 이성 개념이 자기발전을 거듭하면서 전체주의적 정치체제를 낳거나 자본주의적 경제체제에서 인간의 삶을 오히려 소외시키는 이 두운 그림자를 드러내게 된 점, 바꿔 말해 이성이 인간을 삶의 주인으로 만드는 기획을 좇았지만 인간을 사회의 기능적 메커니즘의 노예로 전락시키도록 변질되어 간 역사적 변화를 비판한 철학자 아도르노(Adorno)의 유명한 저서 “부정의 변증”(Negative Dialektik)에서 비롯된 용어이다.

구성에는 의료인만이 아니라 몸의 어떤 현상을 질병으로 인지하는 메커니즘에 대한 시민의 동조와 건강을 통해 행복하고자 하는 갈망이 크게 기여하고 있기 때문이다. 그러니까 의료 개념의 사회적 구성은 넓게 보면 삶의 가치와 목표에 대한 문화적 양식이라고 할 수 있다. 여기서 의료 개념의 사회적 구성에서 드러난 의료 개념의 '부정의 변증'은 의료인뿐만 아니라 시민은 물론이고 국가도 진지하게 성찰해야 할 과제임이 분명해진다. 그 성찰의 중심은 무엇보다도 의료 개념이 권력의 재생산이나 지식의 재생산 또는 자본의 재생산에 의해 왜곡되는 것을 비판하고 경계하는 데에 놓일 것이다.

주제어 : 의료, 의료체계, 의료기재, 의료인, 의료행위

## 참 고 문 헌

- 이상돈, “인과성 개념의 비판적 기능”, 『법학논집』 (고려대 법학연구원 간행) 제34집, 1998.
- 이상돈, 『의료체계와 법』, 고려대학교출판부, 2000.
- 이상돈, “의료체계의 사회공학적 기획 - 그 비판적 전망”, 대한의사협회 주최 건강보험재정대책 대토론회(2001. 6. 30.) 주제발표문.
- 이상돈/홍성수, 『법사회학 : M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임』, 박영사, 2000.
- 정혜신, 『피부에 말을 거는 여자』, 소담출판사, 2002.
- 최국주, 『피부미인』, 동명사, 1996.
- 황종국, “무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처방안”, 『대한한약』, 2000. 4.
- Foucault, 김부용 역, 『광기의 역사』, 인간사랑, 1999.
- Foucault, 홍성민 역, 『임상의학의 탄생』, 이매진, 2006.
- Foster, G. M. & Anderson, B. G., 구분인 역, 『의료인류학』, 한울, 2002.
- Ackerknecht, Erwin, H., “Malaria in the Upper Mississippi Vally, 1760~1900”, Bulletin of the History of Medicine and Ethnology : Selected Essays, Baltimore : The Johns Hopkins Press, 1945.
- Aimee Doyle, J. D., “Alternative Medicine and Medical Malpractice”, The Journal of Legal Medicine 제22권.
- Blum, Richard, and Eva, Blum, Health and Healing in Rural Greece : A Study of Three Communities, Stanford : Stanford University Press, 1965.
- Dunn, Frederick, L., “Traditional Asian Medicine and Cosmopolitan Medicine as Adaptive Systems”, Asian Medical System : A Comparative Study(C. Leslie(ed.)), Berkeley : University of California Press, 1976.
- Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.2, Frankfurt/M. 1981.
- Luhmann, Soziale systeme : Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt/M. 1984.

Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972.

Norman, A. Scotch, "Medical Anthropology", Biennial Review of Anthropology 제3권, 1963.

Rather, Leland, J., Disease, Life, and Man : Selected Essays by Rudolf Virchow, Stanford : Stanford University Press, 1958.

[Abstract]

## Legal Sociological Construction of the Concept of Medicine

Lee, Sang-don

Professor, Korea University

The concept of medicine hasn't clarified explicitly even though medical law is becoming one of the most important domain in 'special law' these days. Clarifying this concept would be effective in setting the limitation of allowing unlicensed medical practices; understanding 'health care system' incorporated with both health and medicine; and not infringing efforts to cure of disease in medical life world.

This article examines three dimensions of the concept of medicine (medical act, medical means, medical personality) and their interactions to figure out social construction of the concept. Understanding this social dimension of medicine makes us to deconstruct our fixed idea that the disease pre-exists the medicine and to find that the medicine forms the disease by medical knowledge, medical personnel, and medical instruments. Medical system as social system causes structural distortion of medicine subordinated to the reproduction of authority, knowledge, and capital.

The concept of medicine could be defined properly and unlicensed medical practices could be controlled legitimately from reflecting this distorted condition.

Keywords:

medicine(의료), medical system(의료체계), medical means(의료기재), medical personality(의료인), medical act(의료행위)