일감법학 | 제49호
2021년 8월 231-262쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.49, Aug., 2021. pp.231-262
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지 도입에 관한 연구*

A Study on Introduction of Restriction on Employment as a Criminal Sanction to Criminal Offenses of Medical Personnel

김 재 윤**
Kim, Jae Yoon

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 의료인 형사범죄에 대한 현행 법적 규제의 문제점
Ⅲ. 독일과 미국에서 의료인 형사범죄에 대한 자격 규제
Ⅳ. 의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지제도의 도입 방안
Ⅴ. 맺는 말

의료인은 독점적 면허・자격을 부여받아 환자의 생명・신체를 다루고 환자는 의료인에게 전적으로 의존할 수밖에 없는 의료행위의 특수성과 의료인의 직무수행이 국민 건강에 미치는 중대한 영향 등을 고려할 때 의료인에게는 높은 수준의 전문성과 직업윤리가 요구된다. 그러나 현행 의료법 제8조 제4호에 따르면 의료인(의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사)은 의료법, 의료관련법 위반 이외에 형법 제233조(허위진단서작성죄), 제234조(위조사문서행사죄), 제269조(낙태죄), 제270조(의사등의 낙태, 부동의 낙태죄), 제317조 제1항(업무상비밀누설죄), 제347조(사기죄: 허위진료비 청구에 한함)의 경우에만 면허취소 사유로 하고 있다. 이에 의료인은 일반 형사범죄(절도, 강도, 횡령, 배임, 강간, 업무상과실

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..49.231
투고일: 2021. 7. 12. / 심사의뢰일: 2021. 8. 9. / 게재확정일: 2021. 8. 27.
* 이 논문은 2019년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임
** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
Professor, Konkuk University Law School, Ph.D. in Law.

치사상, 살인 등)나 형사특별법 위반 등으로 금고 이상의 형을 선고받더라도 의사면허에 별다른 규제가 없어 의료행위를 하는데 아무런 지장이 없는 법률 형태를 유지하고 있다. 이 때문에 사체를 유기하거나 심지어 살인죄를 범하더라도 의료법상 의사면허를 취소할 수 없다.

그러나 변호사, 법무사, 공인회계사, 세무사 등 우리나라 대부분의 전문직 종사자의 경우 범죄행위로 인해 금고 이상의 형을 선고받는 경우 전문직과 관련된 등록이나 면허・자격이 취소되는 형태의 법률 규정을 두고 있다. 그리고 의료법과 달리 아동・청소년의 성보호에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 아동복지법 등에서는 형사제재로서 '직업금지(Berufsverbot)'로 이해될 수 있는 '취업제한' 규정을 두고 있다. 이러한 직업금지로서 취업제한은 독일, 프랑스, 스위스 등 유럽 각국의 형법에서 규정하고 있는 직업금지를 일정부분 도입한 것으로, 실제 직무 관련 범죄의 경우 가장 효과적인 범죄예방책으로 알려지고 있다.

따라서 이 글에서는 다른 전문 직업인은 형사범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받으면 자격이나 면허가 취소되는데 유독 의료인만 금고 이상의 형을 선고받더라고 의사면허에는 아무런 영향이 없다는 문제의식 아래 의료인 형사범죄에 대한 현행 법적 규제의 문제점, 독일과 미국에서 의사의 형사범죄에 대한 자격 규제의 내용과 시사점, 의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지제도의 도입 여부를 검토하고, 이를 바탕으로 입법론적 차원에서 장기적 관점에서 의료인, 변호사, 법무사, 공인회계사 등 전문 직업인의 직업 관련 범죄행위에 대한 새로운 보안처분으로서 독일과 유사한 직업금지제도를 형법에 도입할 필요가 있음을 결론으로 도출하였다.

[주제어] 취업제한, 독일의 직업금지, 보안처분, 재범위험성, 청소년성보호법

Ⅰ. 머리말

변호사, 법무사, 공인회계사, 세무사, 변리사, 국가공무원(국립대학 교수 포함), 사립대학 교수 등 우리나라 대부분의 전문직 종사자의 경우 범죄행위로 인해 금고 이상의 형을 선고받는 경우 전문직과 관련된 등록이나 면허・자격이 취소되는 형태의 법률 규정을 두고 있다.[1] 그러나 의사, 치과의사, 한의사 등과 같은 의료인의 경우 의료법 제8조 제4호에 따라 의료법, 의료관련법 위반 이외에 형법 제233조(허위진단서작성죄), 제234조(위조사문서행사죄), 제269조(낙태죄), 제270조(의사등의 낙태, 부동의 낙태죄), 제317조 제1항(업무상비밀누설죄), 제347조(사기죄: 허위진료비 청구에 한함)의 경우에만 면허취소 사유로 하고 있다(의료법 제65조 제1항 제1호). 이에 의료인은 국민 모두가 온전히 생명・신체를 맡길 수밖에 없음에도 불구하고 일반 형사범죄(절도, 강도, 횡령,

1) 각각 변호사법 제5조, 법무사법 제6조, 공인회계사법 제4조, 세무사법 제4조, 변리사법 제4조, 국가공무원법 제33조, 사립학교법 제22조 등.

배임, 강간, 업무상과실치사상, 살인 등)나 형사특별법 위반 등으로 금고 이상의 형을 선고받더라도 의사면허에 별다른 규제가 없어 의료행위를 하는데 아무런 지장이 없는 법률 형태를 유지하고 있다. 이 때문에 사체를 유기하거나[2] 심지어 살인죄를 범하더라도 의료법상 의사면허를 취소할 수 없다.

2014년 10월 17일 위장관유착박리술 수술을 받은 후 저산소 허혈성 뇌손상으로 사망한 고(故) 신해철의 의료사고 발생 후 담당 의사가 업무상과실치사에 대해 금고 10월에 집행유예 2년의 선고결과가 나왔으나,[3] 우리나라는 형사재판에서 일반 형사범죄로 유죄판결이 나오더라도 의료인의 면허에 별다른 영향이 없는 상태인데, 이와 같은 제도의 적절성에 대한 의문을 가지지 않을 수 없다. 또한 해당 의사는 민사소송이 제기되었으나, 법정관리 신청 등으로 민사법원에서 책임이 인정된다고 하더라도 집행 가능성이 낮다.[4]

그러나 의료법과 달리 아동・청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '청소년성보호법') 제56조, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법') 제14조, 화물자동차 운수사업법(이하 '화물자동차법') 제9조의2, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 '부패방지권익위법') 제82조, 아동복지법 제29조의3, 노인복지법 제39조의17에서는 형사제재로서 '직업금지(Berufsverbot)'로 이해될 수 있는 '취업제한' 규정을 두고 있다.[5] 보다 구체적으로 청소년성보호법 제56조에서 법원은 아동・청소년 대상 또는 성인대상 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예・면제된 날부터 10년 이내의 기간 동안 아동・청소년 관련기관 등을 운영하거나 아동・청소년 관련기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령을 성범죄 사건의 판결과

2) 연합뉴스, "'우유주사 놓고 시신유기', 산부인과 의사 징역 1년 6월", 2013.2.14. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20130214076700004>, 검색일: 2021.7.9.

3) 신해철의 사망과 관련한 형사 제1심 재판부는 2016. 11. 25. 판결 선고일에 피고인에 대한 양형 이유를 설명하면서(업무상과실치사 유죄 판단) "과실의 정도라든지, 중대한 피해 정도를 고려해보면 이 사건은 결코 가볍게 다룰 수 없다, 피고인에 대해서 의사직을 계속 유지할 수 있는 가벼운 형을 내리는 건 적절하지 않다, 피고인에 대해 금고형을 선고하기로 한다."고 설명하였다 (의학뉴스, "故신해철 집도의 실형 모면, 의사직은 '불가'", 2016.11.26. <http://www.newsmp.com/news/articleView.html?idxno=162276>, 검색일: 2021.7.9.)

4) 조선일보, "'신해철 의료소송'에서 드러난 맹점들", 2017.2.23., <https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1039294>, 검색일: 2021.7.9.

5) 형사제재로서 '직업금지'는 우리나라 개별 법률에서 '취업제한'이라는 용어로 사용되고 있다. 그러나 특정경제범죄법이나 청소년성보호법의 취업제한의 내용을 보면 단순한 기업체 내지 시설・기관 등의 취업제한 이외에도 경영 혹은 운영 금지, 시설・기관 또는 사업장 운영 금지 또는 사실상 노무 제공 금지 등을 포함하고 있으므로, 이들을 모두 포괄하는 의미에서 '직업금지'라는 용어가 더 적합하다고 본다. 따라서 이 글에서는 '직업금지'라는 용어를 사용하기로 한다.

동시에 선고하여야 하는 것으로 규정하고 있다.[6] 이러한 직업금지로서 취업제한은 독일, 프랑스, 스위스 등 유럽 각국의 형법에서 규정하고 있는 직업금지를 일정부분 도입한 것으로, 실제 직무 관련 범죄의 경우 가장 효과적인 범죄예방책으로 알려지고 있다.

따라서 이 글에서는 다른 전문 직업인은 형사범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받으면 자격이나 면허가 취소되는데 유독 의료인만 금고 이상의 형을 선고받더라고 의사면허에는 아무런 영향이 없다는 문제의식 아래 의료인 형사범죄에 대한 현행 법적 규제의 문제점(Ⅱ), 독일과 미국에서 의사의 형사범죄에 대한 자격 규제의 내용과 시사점(Ⅲ), 의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지제도의 도입 여부를 검토하고(Ⅳ), 이를 바탕으로 입법론적 차원에서 장기적 관점에서 의료인, 변호사, 법무사, 공인회계사 등 전문 직업인의 직업 관련 범죄행위에 대한 새로운 보안처분으로서 독일과 유사한 직업금지제도를 형법에 도입할 필요가 있음을 결론으로 도출하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 의료인 형사범죄에 대한 현행 법적 규제의 문제점

1. 청소년성보호법상 성범죄 의료인에 대한 취업제한의 한계

의료행위는 본래 사람의 생명을 구하거나 신체의 건강을 회복, 증진하는 것을 목적으로 하는 구명성의 특성이 최우선적으로 인정될 수 있다. 이처럼 인간의 생명이나 신체의 건강 회복에 직접적으로 연관을 맺고 있는 의사의 직무를 고려할 때 의료인들에게 일반인이 기대하는 직업적 전문성과 아울러 높은 수준의 도덕적・윤리적 의식과 사회적 책무를 요구하고 있다.[7] 그럼에도 불구하고 의료행위를 가장 내지 악용하여 수면내시경

6) 청소년성보호법 제56조(아동・청소년 관련기관등에의 취업제한 등) ① 법원은 아동・청소년대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄(이하 “성범죄”라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우(제11조 제5항에 따라 벌금형을 선고받은 사람은 제외한다)에는 판결(약식명령을 포함한다. 이하 같다)로 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예・면제된 날(벌금형을 선고받은 경우에는 그 형이 확정된 날)부터 일정기간(이하 “취업제한 기간”이라 한다) 동안 다음 각 호에 따른 시설・기관 또는 사업장(이하 “아동・청소년 관련기관등”이라 한다.)을 운영하거나 아동・청소년 관련기관등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 “취업제한 명령”이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고(약식명령의 경우에는 고지)하여야 한다. 다만, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우, 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 그러하지 아니한다.

7) 김성은, “의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항”, 의료법학 제19권 제1호, 대한의료법학회, 2018, 114쪽.

혹은 약물에 의한 무의식 상태의 환자에게 준강제추행이나 준강간행위를 하거나,[8] 추나(推拿) 치료 목적으로 환자의 민감한 부위를 만지는 강제추행을 하는 등[9]의 의료인에 의한 성범죄 사례가 빈번히 발생하고 있다.[10] 이는 의료인이 "의사는 환자와 서로 신뢰하고 존중하는 관례를 유지하며, 환자의 최선의 이익과 사생활을 보호하고, 환자의 인격과 자기결정권을 존중한다."는 의사윤리강령 제4호를 정면으로 위반한 것일 뿐만 아니라 환자의 성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄행위이다.[11]

청소년성보호법은 2012.2.1. 일부개정(2012.8.2. 시행)을 통해 아동·청소년대상 또는 성인대상 성범죄자 취업제한 대상 기관에 의료기관을 추가함으로써 의료인에 대해서도 아동·청소년대상 또는 성인대상 성범죄로 형을 선고할 경우 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우가 아닌 한 10년을 초과하지 아니하는 기간 내에서 의료기관에 취업제한이 가능토록 하였다(청소년성보호법 제56조 제1항 제12호, 제2항). 이는 의료인의 경우 공개되지 않은 진료실에서 환자의 신체를 진찰한다는 특수성, 의료행위라는 직무의 공공성 및 사회적 중요성에 비추어 볼 때, 의료인이 성범죄로 유죄를 선고받았을 때 의료기관 운영이나 취업을 일정기간 동안 금지시킴으로써 성인 환자를 포함하여 아동·청소년 환자를 잠재적 성범죄로부터 보호하고, 의료기관의 윤리성과 신뢰성을 높여 환자와 그 보호자로 하여금 의료기관을 믿고 이용할 수 있게 할 뿐만 아니라[12] 윤리적인지 못한 의료인에게 환자의 생명과 건강이라는 최우선의 가치를 맡길 수 없다는 취지를 입법화한 것으로 평가할 수 있다.

이러한 청소년성보호법상 성범죄 의료인에 대한 의료기관 취업금지에 대해 "아동·청소년에 대한 진료뿐만 아니라 성인을 대상으로 한 진료를 전면적으로 금지하고 있고,

8) 2016년 3월 9일 보건복지부는 '환자안전을 위해 의료인 면허 관리제도 대폭 강화'라는 제목으로 "수면내시경 등 진료행위 중 성범죄로 벌금 이상의 형을 선고받는 경우 면허를 취소하겠다."는 보도 자료를 내놓았으나, 현재까지 관련 법안이 실현되고 있지 않고 있다(보건복지부 보도자료, "'환자안전을 위해 의료인 면허 관리제도 대폭 강화'", 2016.3.9. <http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=330381 >, 검색일: 2021.7.9.)

9) 이 사건에 대해 서울중앙지방법원은 해당 한의사에게 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 120시간의 사회봉사와 성폭력치료 강의 40시간 수강, 그리고 3년간의 아동·청소년 관련 기관 취업제한도 함께 명령했다(연합뉴스, "추나 치료한다며… '환자 성추행' 유명 한의원 원장 집행유예", 2020.4.13. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200413099000004>, 검색일: 2021.7.9.)

10) 자세한 현황은 아래 Ⅱ. 3. 부분 참조.

11) 형사정책적 입장에서 의료인 성범죄에 대한 그루밍 성범죄, 암수범죄, 화이트칼라 범죄로서의 위험요소에 대한 분석으로는 박현정, "의료인 성범죄의 위험요소와 법적 규제의 개선방향", 일감법학 제48호, 건국대학교 법학연구소, 2021.2, 520-527쪽 참조.

12) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌마585 결정.

의료기관에서 어떠한 행위의 노무도 사실상 제공할 수 없도록 광범위한 제한을 하고 있으며(의료행위를 하지 않는 병리과 업무 등도 제한), 범죄의 내용이나 경중 및 행위태양에 상관없이 10년 동안 의료기관에서 할 수 있는 모든 업무를 전면적으로 금지하고 있어 침해의 최소성 원칙에 반"하며, 청소년성보호법상 취업제한 대상기관은 "주로 아동·청소년을 대상으로 업무를 하거나 아동·청소년이 출입하는 것이 본질적으로 내재된 장소 또는 성범죄 피해자들의 성담소 등"으로 제한되어 있는데, "의료인의 경우는 모든 의료기관에서 의료행위를 하지 못하도록 규제하고 있어 그 규제가 광범위하여 평등원칙에 위반"된다는 비판이 제기되고 있다.[13]

그러나 이러한 견해는 다음과 같은 이유에서 동의하기 어렵다고 본다. 우선, 아동·청소년과 성인을 모두 포함하여 진료를 전면적으로 금지하는 부분은 이미 청소년성보호법상 성범죄의 대상을 아동·청소년 성범죄에 국한시키지 않고 성인을 대상으로 한 성범죄까지 포함시키고 있을 뿐만 아니라 성범죄로 유죄를 선고받은 의료인에게 아동·청소년 환자에 대한 의료행위만을 금지시키고 성인 환자에 대한 의료행위를 허용할 경우 성인 환자에 대한 성범죄 위험은 여전히 노출될 수밖에 없다. 둘째, 의료기관에서 어떠한 행위의 노무도 사실상 제공할 수 없도록 광범위한 제한을 하고 있다고 하나, 청소년성보호법상 취업제한의 내용은 시설·기관 또는 사업장에 대한 취업을 일정기간 동안 제한하는 것뿐만 아니라 그 운영 또는 사실상 노무제공 금지를 포함하고 있기 때문에 의료인에 대해서만 의료기관의 운영 또는 의료기관에서 사실상 노무제공 금지를 제외시키는 것은 법문의 체계적 해석에 반하는 주장이다. 셋째, 범죄의 내용이나 경중 및 행위태양에 상관없이 10년 동안 의료기관에서 할 수 있는 모든 업무를 전면적으로 금지하고 있어 침해의 최소성 원칙에 반한다는 주장은 헌법재판소의 해당 부분의 위헌 결정[14]에 의해 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우, 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우라는 예외 사항을 추가하였고, 취업제한 기간을 10년을 초과할 수 없도록 청소년성보법을 개정하여 더 이상 설득력이 없다고 본다. 마지막으로, 의료인의 경우는 모든 의료기관에서 의료행위를 하지 못하도록 규제하고 있어 그 규제가 광범위하여 아동·청소년을 주된 대상으로 하는 의료기관에 취업을 제한할 필요가 있다고 하나, 아동·청소년대상 또는 성인대상 성범죄자에 대해 아동·청소년 관련기관등을 운영

13) 김연희, "아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 의료인의 취업제한 규정의 문제점과 개정방향", 의료정책포럼 제11권 제4호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2013.12, 114-115쪽.

14) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌마585 등 결정; 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌마98 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2013헌마436 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2013헌바389 결정.

하거나 취업을 제한한 것은 이를 통해 아동・청소년들과의 접촉을 차단함으로써 아동・청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 것으로 의료기관에는 아동・청소년만이 진료를 위해 방문하는 것이 아니라 성인도 질병의 치료를 위해 방문하므로 소아과의원이나 소아청소년과의원과 같은 아동・청소년 관련 의료기관으로 제한할 필요가 없다고 본다.

생각건대 의료인에 대한 직업금지의 본질적 문제는 청소년성보호법상 취업제한 대상기관에 의료기관이 포함되었다는 데 있다고 보지 않는다. 즉 청소년성보호법에 따른 성범죄 의료인에 대한 의료기관 취업제한은 의료인에 의한 아동・청소년 성범죄로부터 아동・청소년을 보호하고자 하는 입법취지를 고려할 때 타당함을 인정할 수 있으나, 성범죄 이외에 살인, 강도, 약취유인 등 특정강력범죄는 물론이고 일반 형사범죄를 저지른 의료인에 대해 의료기관에 취업제한을 명령할 근거 법률이 없다. 의료인이 특정강력범죄를 저지른 경우 성범죄와 마찬가지로 의료인으로서 직업적 윤리의식을 저버려 윤리성과 신뢰성을 현저히 잃어버렸음에도 불구하고 아래에서 보는 바와 같이 의료인에 대한 면허취소 규정은 물론이고 의료기관에 취업제한을 명령할 근거 법률이 없어 유죄선고를 받고 형의 집행을 종료한 이후에도 버젓이 의료기관으로 돌아와 의료행위를 하고 있다.

2. 타 전문직역에서 형사범죄에 대한 결격사유와 비교시 형평성 결여

의료법과 달리 변호사법 제5조, 법무사법 제6조, 공인회계사법 제4조, 세무사법 제4조, 변리사법 제4조, 국가공무원법 제33조, 사립학교법 제22조 등에서 해당 전문 직업인이 형사범죄로 인해 금고 이상의 형의 선고를 받는 경우 전문직과 관련한 결격사유로 규정하여 등록이나 자격이 취소되도록 하고 있다.

의료법도 2000년 이전에는 '금고 이상의 형의 선고를 받은 자'를 의료인 결격사유로 규정하고 이를 임의적 면허취소 사유로 규정하였으나, 2000년 1월 12일 국민의 의료이용 편의를 증대시키고 의료서비스의 효율화를 도모하고자 의료법을 개정하여 그 대상을 의료법 전부 및 형법 중 일부 범죄와 일부 보건의료관계법령[15]을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 자로 한정하고, 필요적 면허취소 사유로 변경하였다(의료법 제8조 제4호, 제65조 제1항 제1호). 이 규정에는 형법 조항 중 업무상과실치사죄(형법 제268조)가 누락되어 있어 고(故) 신해철 사건에서 해당 의사가 업무상과실치사와 관련하여 금고 10월에

15) 보건범죄단속에 관한 특별조치법, 지역보건법, 후천성면역결핍증 예방법, 응급의료에 관한 법률, 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법, 시체 해부 및 보존 등에 관한 법률, 혈액관리법, 마약류관리에 관한 법률, 약사법, 모자보건법, 그 밖에 대통령령으로 정하는 의료 관련 법령

집행유예 2년을 선고받았음에도 불구하고 의사면허는 취소되거나 정지되지 아니한다.[16] 의료인이 업무상과실치사죄가 아니라 살인, 강도, 약취유인 등 특정강력범죄를 저질러 금고 이상의 형을 선고받은 경우에도 마찬가지이다.

이처럼 우리나라의 대표적인 전문직인 의료인의 경우 그 독점적 지위로 인해 국민 모두가 생명과 신체의 건강 증진을 위해 의료인에게 의료행위를 전적으로 맡길 수밖에 없음에도 불구하고 의료인이 형사범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받더라도 의사면허는 취소나 정지되지 아니한다.[17] 이는 타 전문직역에서 형사범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받을 경우 결격사유로 규정하고 있는 것과 비교할 때 현저히 형평성을 잃은 규정이다. 의료인은 생명을 다루는 만큼 일반인보다 높은 도덕성과 직업윤리가 요구되고 의료행위의 공공성과 사회적 중요성, 타 전문직역과 비교 등을 고려할 때, 의료인이 성범죄, 특정강력범죄는 물론이고 절도, 사기, 횡령, 배임, 업무상과실치사상 등의 일반 형사범죄로 인해 금고 이상의 형의 선고를 받는 경우 윤리수준 제고와 의료기관의 신뢰성 확보를 위해 최소한의 규제로서 의사 면허취소 사유로 규정할 필요가 있다고 본다.[18]

3. 형사범죄에 대한 보건복지부 행정처분에 의한 규제의 실효성 의문

경찰청 범죄통계에 따르면 최근 5년간(2015-2019) 살인・강도・절도・폭력의 4대 범죄를 저지른 의사는 2,848명에 달한다. 이 가운데 특정강력범죄에 해당하는 살인죄(살인미수 포함) 인원만 해도 10명에 달한다(<표 1> 참조).

〈표 1〉 최근 5년간(2015–2019) 의사 4대 범죄 현황[19]

(단위: 명)

구별	2015	2016	2017	2018	2019	소계
살인	**4**	**0**	**3**	**2**	**1**	**10**
강도	0	0	0	0	0	0
절도	45	41	58	46	47	237
폭력*	531	522	495	510	543	2,601
소계	580	563	556	558	591	2,848

* 폭력범죄는 상해, 폭행, 체포・감금, 협박, 약취・유인, 폭력행위등, 공갈, 손괴를 의미함

16) 청년의사, “법원, 고 신해철 집도의 유죄 선고…의사 면허는 유지”, 2016.11.26. <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=232724>, 검색일: 2021.7.9.

17) 박호균, “의료인의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방안 - 입법적 측면을 중심으로 -”, 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집, 국회의원 남인순・국회의원 권미혁・대한변호사협회, 2018.4, 15쪽.

18) 박호균, 위의 논문, 15쪽.

그리고 최근 5년간(2015-2019) 발생한 범죄유형 중 전문직군별 성범죄 현황을 살펴보면 성범죄로 입건된 전문직의 수는 총 5,720명에 달하고, 그 가운데 기타전문직을 제외하고 의사가 613명으로 10.7%의 가장 높은 비율을 차지하였다(<표 2> 참조). 또 다른 전문직역인 변호사의 최근 5년간 성범죄 인원이 41명이라는 것과 비교해보더라도 그 인원이 상당히 많음을 알 수 있다. 또한 의사의 성범죄 유형 중 강제추행이 최근 5년간 495명(변호사 30명)으로 대부분을 차지하고 있는데(<표 3> 참조), 이러한 강제추행은 피해 상황을 파악할 수 있는 강간・유사강간과 달리 의료행위라는 특수성 때문에 실질적인 피해자 수가 제대로 파악되기 어렵다.

〈표 2〉 최근 5년간(2015–2019) 전문직 성범죄 현황[20]

(단위: 명)

구별	2015	2016	2017	2018	2019	소계(%)
의사	**102**	**118**	**121**	**136**	**136**	**613(10.7)**
변호사	2	9	2	14	14	41(0.7)
교수	39	33	33	55	51	211(3.7)
종교가	115	104	98	126	104	547(9.6)
언론인	9	10	20	13	18	70((1.2)
예술인	78	98	115	110	98	499((8.7)
기타전문직	656	696	800	884	703	3,739(65.4)

〈표 3〉 최근 5년간(2015–2019) 의사/변호사 성범죄 유형별 피의자 입건 현황[21]

(단위: 명)

구별	2015	2016	2017	2018	2019	소계
강간	14/0	16/1	15/0	20/4	25/5	90/10
유사강간	3/0	3/0	3/0	5/0	6/0	20/0
강제추행	**84/2**	**97/8**	**100/2**	**109/10**	**105/8**	**495/30**
기타 강간・강제추행 등	0/0	2/0	3/0	2/0	0/0	7/0

문제는 이러한 의사의 최근 5년간(2015-2019) 살인・강도・절도・폭력의 4대 범죄가 2,848명, 성폭력 범죄가 613명에 달했음에도 불구하고 같은 기간 동안 이들 의료인에

19) 경찰청, 2015-2019 경찰범죄통계.

20) 경찰청, 위의 자료.

21) 경찰청, 위의 자료.

대한 면허취소는 단 한건도 없었으며, 5건의 자격정지만이 행정처분으로 내려졌다는 데 있다(<표 4> 참조). 진료행위 중 강제추행을 하더라도 자격정지 1개월의 행정처분이 내려졌을 뿐이다. 이는 살인이나 강도, 성폭행 등 형사범죄를 저질러 처벌을 받더라도 의사면허에는 전혀 지장이 없었음을 극명하게 보여준다. 심지어 의사면허가 취소되더라도 일정기간이 지나면 의사면허 재교부 신청을 통해 다시 의료현장에 복귀할 수 있다. 예컨대 2012년 한 산부인과 전문의가 수면유도제를 과다 투여해 사람을 죽게 하고 사체까지 유기한 사건이 발생했는데, 해당 의사는 징역 1년 6개월을 선고받았고 의사면허도 취소되었다. 그런데 면허취소 사유는 업무상과실치사나 사체유기가 아니라, 의료법상 의사 면허취소 요건 가운데 하나인 마약류관리법위반에 해당되었기 때문이다. 하지만 징역형의 집행을 종료한 후 해당 의사는 다시 의료계에 복귀했다. 의료법 제65조 제2항에 따르면 의사면허 등록 규정 위반으로 인한 취소는 1년, 자격정지 중 의료행위를 하거나 3회 이상 자격정지로 취소된 경우는 2년, 일회용 의료용품 재사용이나 허위진료비 청구, 마약류관리법위반은 3년만 경과하면 의사면허 재교부 신청이 가능하기 때문이다.[22]

〈표 4〉 최근 5년간(2015-2019) 비도덕적 진료행위 중 성범죄 명시 의료인 자격정지 행정처분 현황[23]

처분 연도	직종	행정처분 내용	사 유
2015	의사	자격정지 1개월	비도덕(성범죄): 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)
2016	의사	자격정지 1개월	진료중 성범죄(강제추행)
2017	의사	자격정지 1개월	진료중 성범죄(간음)
2018	의사	자격정지 1개월	진료중 성범죄(유사강간): 대장내시경 검사를 받기 위해 수면유도제를 투여 받고 수면상태에 있던 환자들의 항문을 진찰하는 척하다가 손가락을 피해자들의 음부에 집어넣어 유사 강간행위를 함
2019	한의사	자격정지 1개월	성범죄(위계 간음): 환자에게 “성관계를 통해 우울증 치료가 가능하다. 몸으로 하는 치료라고 생각하고 나와 성관계를 하자”는 취지로 말한 것을 비롯하여 그때부터 수차례 피고인과 성관계를 통하여 우울증 등 증상을 호전시킬 수 있다는 취지로 말하고, 환자의 우울증 등 치료행위를 빙자하여 위계로 3회(2014.3.7.경, 2014.3.19.경, 2014.5.경)에 걸쳐 간음

결국 매년 다수의 의료인이 성범죄를 포함한 일반 형사범죄를 저질러 수사와 재판이 진행되는 동안 그리고 유죄가 인정되어 금고 이상의 형을 선고받고 있음에도 불구하고

22) 주간동아, “의사면허는 ‘철밥통’”, 2018.5.8. <https://weekly.donga.com/3/search/11/1308047/1>, 2020.10.6.

23) 데일리메디팜, “살인・강간 등 강력범죄 의사 901명, 면허취소 0건-자격정지 4건 불과”, 2020.10.6. <https://www.dailymedipharm.com/news/articleView.html?idxno=53238>, 검색일: 2021.7.9.

의료법상 형사범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받았을 경우 의사면허를 필요적으로 취소할 수 있는 규정의 흠결로 인해 면허취소나 정지와 같은 행정처분에 의한 규제는 애초부터 그 실효성을 달성할 수 없음을 알 수 있다. 그러는 사이 일반국민은 자신을 진료하는 의료인이 파렴치한 성범죄자인지 살인 등 특정강력범죄를 저지른 흉악범인지도 모른 채 자신의 생명을 온전히 내맡기고 있다. 변호사 등 다른 전문직역에서는 물론이고 아래에서 살펴보는 바와 같이 독일, 미국 등 외국에서 찾아볼 수 없는 법적 공백상태가 현재까지 계속되고 있는 것이다.

Ⅲ. 독일과 미국에서 의료인 형사범죄에 대한 자격 규제

1. 독일

독일에서 의사, 간호사 등 의료인을 포함하여 변호사, 교사, 공증인 등 전문직에 종사하는 직업인이 자신의 직업 또는 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 위반하여 형사범죄를 저질렀을 경우 형사법원에서 독일형법 제70조에서 규정하고 있는 직업금지명령에 따라 1년 이상 5년 이하의 기간 내에서 직업수행이 금지되거나 영구히 금지될 수 있으며,[24] 이와 별개로 주무관청에 의해 면허취소나 정지라는 추가적 제재가 가능하다.[25]

독일형법 제70조는 '직업금지명령(Anordnung des Berufsverbots)'이라는 표제하에 직

24) 독일형법과 유사하게 프랑스형법에서도 경죄에 대한 구금형을 대체하는 '권리박탈형 또는 권리제한형(peines privatives ou restrictives de droits)'의 하나로 직업금지를 규정하고 있다(프랑스형법 제131-6조 제11호). 국내에서 프랑스형법상 직업금지에 대한 상세한 소개로는 박학모, 직업금지의 형사제재화 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2013, 100-118쪽 참조. 나아가 스위스형법에서도 직업금지를 규정하고 있다. 즉 스위스형법 제67조에 따르면 "직업, 영업 또는 상행위를 수행함에 있어서 6월 이상의 자유형 또는 180일수 이상의 벌금에 처해지는 중죄 또는 경죄를 범하고 그리고 장래 이들 직업수행의 남용의 위험이 존재하는 자에 대하여 법원은 당해 또는 이와 유사한 활동을 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 그 전부 또는 그 일부의 수행을 금지할 수 있다."

25) 이하의 논의는 김정환, "형사제재로서 취업제한의 법적성격과 발전방향 –독일의 직업금지와 비교-", 비교형사법연구 제17권 제3호, 한국비교형사법학회, 2015, 39쪽 이하; 김정환, "직업수행제한을 강제처분으로 도입함에 있어서 제기되는 법리적 문제의 해결 –독일에서 활용되는 '임시직업금지'를 중심으로-", 형사정책 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016.8, 37쪽 이하; 박학모, 앞의 연구보고서, 89쪽 이하; 이석배, "의사의 범죄와 직무금지-독일의 적용례를 중심으로-", 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집, 국회의원 남인순・국회의원 권미혁・대한변호사협회, 2018.4, 39쪽 이하 참조.

업 또는 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 위반하여 범죄를 저지른 행위자에 대하여 직업 또는 영업의 수행으로 인한 중대한 위험으로부터 일반인을 보호하기 위하여 일정한 요건 하에서 직업 또는 영업의 수행을 금지할 수 있는 처분을 자유제한적 보안처분의 하나로(독일형법 제61조 제6호) 규정하고 있다.[26] 법원이 직업금지를 명하기 위해서는 자신의 직업이나 영업을 악용 또는 그것과 관련된 의무를 위반한 위법행위가 전제되어야 하는데, 이러한 위법행위는 행위자가 실제로 수행하는 직업 또는 영업과 단순한 외적 관련성만으로는 부족하고 내적 관련성, 즉 직업이나 영업활동의 결과라는 점에서 직업전형적 관련성이 인식될 수 있어야 한다.[27] 독일 판례에 따르면 직업 또는 영업의 악용을 인정한 구체적 예로 변호사가 구금된 테러리스트인 그의 의뢰인에게 정보를 전달하거나 무기를 구치소로 밀반입한 행위,[28] 의사나 조산원에 의한 불법임신중절, 학생이나 수습생에 대한 교사의 성적 행동,[29] 인쇄업자에 의한 위조화폐의 생산, 간호사에 의한 모르핀 절도,[30] 변호사에 의한 고객자금의 남용,[31] 공증인이 공증인 에스크로 계좌의 자금을 고객에게 임의 지불[32] 등이 있다.[33] 또한 의학적 적응성이 없는데도 마약성 진통제를 처방한 경우,[34] 의사나 변호사가 업무상 비밀유지의무를 위반한 경우,[35] 마약을 투여하고 그 영향 하에서 수술 등 의료행위를 한 경우,[36] 의사의 사기적 급여 과다청구[37]를 한 경우도 직업금지명령의 전제조건을 충족하는 것으로 본다.[38]

---

26) 독일형법 제70조 ① 자신의 직업 또는 영업을 악용하여 또는 그것과 관련된 의무를 위반한 위법행위로 인하여 유죄선고를 받거나 또는 단지 책임무능력이 증명되거나 또는 배제되지 않아 유죄선고를 받지 않은 경우, 법원은 행위자와 행위에 대한 종합평가를 통해 직업, 직업 일부, 영업 혹은 영업 일부의 계속되는 수행 중에 규정된 유형의 현저한 위법행위를 범할 위험이 있는 것으로 인정된다면 그에게 1년 이상 5년 이하 동안 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행을 금지할 수 있다. 법정 상한이 행위자로부터 예상되는 위험의 방지를 위하여 충분하지 않은 것으로 예상되는 경우에는 직업금지를 영구히 명할 수 있다.

27) BGHSt 22, 144; BGH NStZ 1995, 124.

28) BGHSt 28, 84 (85).

29) BGH MDR 1954, 529.

30) OLG Hamburg NJW 1955, 1568.

31) BGH wistra 1999, 297.

32) BGH wistra 2000, 459 (462).

33) Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2/1 §§ 52-79b*, C.H.BECK., 2005, § 70 Rn. 9.

34) BHG NJW 1975, 2249.

35) Schönke/Schröder-Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl.*, C.H.BECK., 2006, § 70 Rn. 7.

36) OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 17.

37) OLG Koblenz, wistra 1997, 280.

38) Schönke/Schröder-Stree, 앞의 책, § 70 Rn. 7.

그리고 직업금지명령의 실질적 요건으로 중대한 위법행위가 계속적으로 범하여질 위험성이 존재하여야 한다. 즉 직업금지명령은 행위자 및 행위에 대한 종합평가를 통해 행위자가 장래에 직업 또는 영업을 계속 수행할 경우 중대한 위법행위를 범할 위험성이 존재함이 인정되어야 선고될 수 있다. 보안처분의 일반원칙상 그리고 직업의 자유를 중대하게 제한하는 직무수행의 금지의 의미를 고려할 때 장래의 범죄행위에 대한 단순한 반복 가능성만으로는 재범위험성을 근거지우지 못하며, 오히려 중대한 권리침해에 대한 높은 개연성이 있어야 한다. 이러한 재범위험성을 판단하여 확정하는 것은 직업금지명령을 선고할 때 법원의 임무 가운데 가장 본질적이고 중요한 사항이며, 이에 독일연방법원은 종합평가로부터 도출되는 재범위험성에 대한 상세한 논증을 요구하고 있다.[39]

직업금지명령이 선고되면 행위자는 금지된 기간 동안 금지된 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부에 종사할 수 없다. 뿐만 아니라 행위자가 탈법적으로 타인을 위하여 직접 직무를 수행하거나 자신의 지시를 받는 타인이 자신을 위해 직무를 수행하는 방법으로 직무를 수행하여서는 안 된다(독일형법 제70조 제3항). 따라서 예컨대 의사가 자신의 병원을 다른 보조의사 등을 통해 운영할 수 없으나, 자신의 지시로부터 독립적인 의사가 대신하여 운영하는 것은 가능하다.[40]

독일의 직업금지명령과 관련하여 주목할 만한 특징은 직업금지는 판결에서 유죄선고와 연계하여 명령되지만 판결의 확정 이전이라도 긴급성이 인정될 경우 독일형사소송법 제132조a에 따라 강제처분으로서 임시직업금지(vorläufiges Berufsverbot)[41]를 명령할 수 있다는 데 있다. 즉 법원[42]은 검찰의 수사단계에서 독일형법 제70조 제1항의 전제가 되는 위법한 범죄에 대한 긴급한 혐의가 존재하고 직업을 계속 수행하는 경우 중대하고 위법한 범죄를 저지를 고도의 개연성이 인정될 때 3개월이라는 최소기간 내에서 임시직업금지를 명령할 수 있다.[43] 이러한 강제처분으로서 임시직업금지는 자신의 직업을 악

39) Schönke/Schröder-Stree, 앞의 책, § 70 Rn. 9-12.

40) AG Bochum, MedR 1988, 162: 이석배, 앞의 논문, 42쪽에서 재인용.

41) 독일형사소송법 제132조a (임시직업금지의 명령과 취소) ① 직업금지(독일형법 제70조)가 명해질 상당한 사유가 있는 경우 판사는 피의자에게 직업, 직업의 일부, 영업, 영업의 일부를 수행하는 것을 임시로 금지하는 결정을 할 수 있다. 형법 제70조 제3항이 준용된다.
② 임시직업금지명령의 사유가 소멸되거나 법원이 판결에서 직업금지를 명하지 않는 경우 임시직업금지는 취소된다.

42) 기소 전에는 수임판사(Ermittlungsrichter)에게, 기소 후에는 수소법원에게 임시직업금지처분의 관할이 있다 (Sönke Gerhold, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Bd.1*, C.H.BECK., 2014, § 132a Rn. 18).

43) 국내에서 독일형사소송법상 임시직업금지에 대한 상세한 소개로는 김정환, 앞의 논문, 2016.8, 37쪽 이하 참조.

용하여 범죄를 행한 자가 재판 확정 이전에 직업수행을 계속하여 재범을 하는 것을 사전에 예방하고자 도입되었다. 도입시 무죄추정원칙에 반한다는 일부의 비판[44]에도 불구하고 임시직업금지처분의 경우를 필요적 변호의 대상(독일형사소송법 제140조 제1항 제3호)으로 하고 형사보상의 인정범위에 포함(독일형사보상법 제2조 제2항 제6호)시켜 도입되었다.[45] 이러한 임시직업금지는 예컨대 고(故) 신해철 사건과 같은 의료사고에서 형사재판 중에서 의사가 최소한 의료사고를 유발한 동종의 의료행위를 계속함으로써 또 다른 환자에게 추가적인 피해를 입히는 것을 사전에 방지할 수 있다는 데 의미가 있다고 본다.

한편, 직업금지명령은 직무수행만을 금지하고 면허 자체는 유지되기 때문에 법원에 의한 직업금지명령과 별개로 혹은 부가적으로 면허주무관청은 자체 결정위원회에서 직업금지명령을 받은 자의 면허를 취소, 철회, 정지할 수 있다. 반대로 주무관청이 이미 면허를 취소, 철회, 정지한 경우에도 법원은 독일형법 제70조 제1항, 독일형사소송법 제132조a에 따른 직업금지명령 혹은 임시직업금지처분이 가능하다.[46] 다만 법원의 직업금지명령이 주무관청을 구속하는지에 대하여는 긍정설과 부정설의 견해 대립이 있다. 즉 구속력을 인정하는 긍정설은 법원이 직업법적 징벌도 포함하여 모든 관점을 이미 고려하여 심사한 것이고, 이때 이미 결정적인 직업정책적 관점도 고려하여 직업금지명령을 선고한 것이기 때문에 또다시 주무관청이 면허를 취소, 철회, 정지하는 행정처분을 하는 것은 일사부재리(ne bis in dem)의 원칙에 반한다는 것이다.[47] 반면에 부정설은 보안처분으로서 직업금지명령의 목적과 의사면허제도의 목적이 전혀 다르고, 이에 독일형법, 독일형사소송법, 독일연방의사법(BÄO: Bundesärzteordnung)에 전혀 다른 요건을 두고 있으므로 주무관청은 언제나 법원의 직업금지명령과 무관하게 독립적이고 자신들의 요건에 따라 판단해야 한다고 한다.[48]

그러나 이러한 독일의 직업금지명령은 보안처분의 성격상 재범위험성에 대한 평가를

44) Wolter는 "임시직업금지는 예방의 목적, 특히 특별예방이 강조된 것으로서 실제로는 사법형태의 옷을 입은 예방·경찰적 조치이며, 형벌의 선고 없이 특별예방이라는 형벌의 목적을 선취하여 '혐의형벌(Verdachtsstrafe)'을 초래하므로 무죄추정의 원칙에 반한다는 견해를 제시하고 있다(Jürgen Wolter, "Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 93*, De Gruyter, 1981, S. 485).

45) 김정환, 앞의 논문, 2016.8, 42-43쪽.

46) 이석배, 앞의 논문, 43쪽.

47) Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl.*, C.H.BECK., 2002, § 8 Rn. 38.

48) Klaus Ulsenheimer/Karsten Gaede, *Arztstrafrecht in der Praxis, 6.Aufl.*, C.F. Müller., 2020, § 3 Rn. 511: 이석배, 앞의 논문, 43쪽에서 재인용.

전제로 하기 때문에 법원실무상 매우 제한적으로 선고되고 있다고 한다. 즉 2000년 전체 판결 726,969건 대비 직업금지명령이 234건인 것에 비하여, 2005년에는 전체 판결 773,588건 대비 직업금지명령은 99건, 2010년에는 816,540건 대비 직업금지명령은 91건으로 직업금지명령의 선고는 계속해서 감소되고 있다(이상 성인대상 판결 기준). 이처럼 독일의 형사법원이 직업금지명령의 선고를 상대적으로 기피하는 원인은 제재 그 자체의 효과에 의문이 있기 때문이 아니라 재범위험성 판단에 어려움이 있기 때문인 것으로 평가되고 있다.[49]

2. 미국

독일과 마찬가지로 미국의 경우 범죄자에 대한 처벌의 범위가 형사법적 측면에서 형벌로 국한되지 않고 유죄판결의 부수효과로서 직업금지,[50] 직업관련 자격의 박탈 및 정지, 정부와 관련된 계약 및 혜택의 중지, 운전 및 여가관련 자격의 박탈, 거주지 등록 및 정보공개 등이 부과되었다. 이 가운데 직업금지는 연방정부와 주정부의 형사사법시스템에 있어 1980년대 마약과의 전쟁 및 범죄에 대한 강력대응정책을 수행하면서 시작되는데, 당시에는 중범죄자(felon)에게 포괄적 금지(blanket prohibition)의 형태로 직업금지가 이루어졌으나 현재에는 세부적이며 구체적인 방식으로 법률 규정을 통해 이루어지고 있다고 한다.[51]

미국에서 의료인이 환자에 대해 성범죄를 저질렀을 경우 형의 확정과 별개로 미국의사협회(AMA: American Medical Association)를 통해 의사면허를 정지하고 형이 확정된 경우에는 면허를 취소하고 있으며, 주(州) 법에 따라 다소 상이하지만 학교, 보육시설 등과 같이 성범죄취약계층인 아동이 모이는 장소 또는 시설에서의 근무, 영업 또는 자원봉사를 금지하는 직업금지를 명령하거나 현실적으로 면허재취득이 불가능하도록 규제가 이루어지고 있다.[52] 개별 주별로 의료인의 성범죄에 따른 직업금지의 내용을 간략히

49) 박학모, 앞의 연구보고서, 99-100쪽.

50) 미국에서는 형벌의 일종으로 직업금지의 부과가 이중처벌에 해당하는지 여부에 관해 '호커 대 뉴욕주 사건(*Hawker v. New York*)', '바스키 대 리젠트위원회 사건(*Barsky v. Board of Regents*)' 및 '드보 대 브래스티드 사건(*De Veau v. Braisted*)'에서 다루어졌는데, 이에 대한 상세한 소개로는 박학모, 앞의 연구보고서, 120-121쪽 참조.

51) 박학모, 앞의 연구보고서, 121쪽.

52) 미국의 경우 정기적으로 의사면허를 갱신하도록 되어 있는데, 의사면허를 갱신하고자 할 때 직업윤리, 적합한 진료수행, 부도덕한 행위를 하지 않았음을 증명해야 한다. 따라서 성범죄로 인해 유죄가 선고될 경우 의사면

살펴보면 다음과 같다.[53]

우선, 성범죄자 보안처분과 관련하여 미국에서 가장 엄격한 주법을 시행하고 있는 앨라배마 주는 '성범죄자 등록 및 지역사회 고지법(Alabama Sex Offender Registration and Community Notification Act)'을 통해 학교 및 보육시설, 놀이공원이나 물놀이시설 등에 취업금지를 명문화하고 있다.[54] 또한 앨라배마 주는 자격증 제도를 통해서도 성범죄자들의 취업을 규제하고 있는데, 의료인 성범죄자의 경우 주 의료조사관위원회(State Board of Medical Examiners)의 결정을 걸쳐 면허정지 또는 박탈이 될 수 있으며, 면허정지 또는 박탈 기간 동안 의료행위를 할 수 없다.[55]

둘째, 아이오와 주의 경우 의료 관계 법령에서 성범죄의 자격증을 규제하는 조항을 두고 있다. 동법은 면허취득사기, 직업적 무능력, 습관적인 중독 또는 약물사용 중독, 면허소지자의 직업과 관련된 중죄(felony) 또는 면허소지자의 직업수행 능력에 영향을 미칠 수 있는 중죄로 유죄판결을 받은 경우에 관련 면허를 취소하거나 주 의료위원회(Iowa Board of Medicine)로부터 징계를 받도록 규정하고 있다.[56] 그리고 아이오와 행정규정(IAC: Iowa Administrative Code)에 따르면 주 의료위원회는 중죄로 유죄판결을 받은 경우 징계(discipline)를 받을 수 있는 사유로 정하고 있다.[57] 아이오와 주의 의료 관계 법령은 자격증 박탈 또는 징계 사유로 유죄판결이라고 포괄적으로 규정하고 있는데, 여기에 성범죄는 당연히 포함된다.[58]

셋째, 텍사스 주의 경우 직업법(Occupation Act)을 통해 성범죄를 범한 의료인에 대한

허 재취득이 불가능하다고 한다(김민경/이평수/이얼, "의학전문직업성과 자율규제 관점에서 살펴본 외국 의사면허 관리제도의 동향과 시사점", 한국의료윤리학회지 제19권 제4호, 한국의료윤리학회, 2016, 437-438쪽).

53) 이하 장민영, "미국 성범죄자 취업제한 법제 및 판례 분석과 시사점", 법학논총 제39권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 5-14쪽 참조.

54) 이 법에 따라 성인 성범죄자의 경우 ① "학교, 보육시설, 주로 아동에게 서비스를 제공하는 이동식 자판기 사업이나 여타의 사업 또는 조직 또는 놀이공원이나 물놀이시설"에 근로자 혹은 자원봉사자로 취직할 수 없음은 물론 근로관계를 유지할 수 없으며, ② "학교 및 보육시설"의 2,000피트(약 600m) 이내에서 근로자 혹은 자원봉사자로 어떠한 직종이든가에 취업하든가 기존의 취업을 유지할 수 없고, ③ 피해자가 아동인 경우 "놀이터, 공원, 운동시설 또는 미성년자의 돌봄・교육・오락을 주된 목적으로 하는 여타의 어떠한 사업이나 시설"의 500피트(약 150m) 이내에서 근로자 혹은 자원봉사자로 취직하거나 직장을 유지할 수 없다(Ala.Code 1975 § 15-20A-13(a)-(b)).

55) 이원복/박종현/장선미, 아동・청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항의 위헌성 연구, 대한의사협회 의료정책연구소, 2016, 128쪽.

56) Iowa Code Annotated § 147-55.

57) Iowa Code Annotated § 653-23.1(9).

58) 장민영, 앞의 논문, 8-9쪽; 이원복/박종현/장선미, 앞의 보고서, 148쪽.

자격증을 규제하고 있다. 동법에서는 주 의료조사관위원회로 하여금 아동을 대상으로 성폭행, 성추행, 성관계, 성기노출 등을 하여 유죄판결을 받거나 지역감시유예판결을 받은 의료인에 대하여 해당 면허를 정지 또는 영구적으로 박탈하도록 규정하고 있다.[59] 텍사스 의료조사관위원회는 성범죄 관련 의료인들에 대하여 해당 자격증을 실제 박탈하고 있는 결정을 내리고 있다.[60]

마지막으로, 노스캐롤라이나 주의 경우에도 성범죄자 직업금지와 관련된 법제를 마련하여 운용하고 있는데, 주의 의료 관계 법령에 따르면 의사가 중죄로 유죄가 확정되면 주 의료위원회는 해당 의사의 면허를 의무적으로 박탈하도록 규정하고 있다.[61] 반면에 치과의사가 중죄로 유죄가 되는 경우에는 주 치과의사위원회로 하여금 면허를 박탈하거나 유예할 수 있는 결정권을 부여하고 있다.[62]

그밖에도 캔자스(Kansas) 주는 어떠한 범죄행위의 경우에도 의사 자격이 박탈될 수 있음을 규정하고 있으며, 나아가 한 번 자격이 박탈되었다면 추후 자격의 회복이 불가능할 수 있음을 명시하고 있고, 미시간(Michigan) 주는 의료기관 종사자가 환자에 대한 성범죄를 저지른 경우 그 자격증이 자동적・영구적으로 박탈되며, 전과(성범죄 포함)를 밝히지 않은 경우에도 자격증이 박탈되도록 하고 있고, 오클라호마(Oklahoma) 주는 의료인의 경우 어떠한 범죄를 저지르든지 위원회에서 자격을 박탈, 취소해야 한다고 규정하고 있고, 워싱턴(Washington) 주는 비전문가적 행동(unprofessional conduct)으로서 주 내에서 의료인의 성범죄를 규정하여 이 경우 자격 박탈이 가능하며, 특히 환자와 관계에서 성적 남용(sexual abuse) 역시 자격박탈의 대상이 되도록 규정하는 등 대부분의 미국 개별 주에서 의료인이 성범죄를 포함한 범죄행위를 행하였을 경우 의사면허를 박탈하거나 정지할 수 있도록 하고 있다.[63]

3. 소결

지금까지 독일과 미국을 중심으로 의료인의 성범죄를 포함하여 일반 형사범죄를 범하였을 경우 법적 규제로서 직업금지의 내용과 행정처분으로서 의사면허의 취소나 정지

59) V.T.C.A., Occupations Code § 164.057-(c).

60) 장민영, 앞의 논문, 11-12쪽; 이원복/박종현/장선미, 앞의 보고서, 188쪽.

61) N.C.G.S.A. § 90-14-(c).

62) N.C.G.S.A. § 90-41-(a)(4).

63) 이에 대해 상세한 설명으로는 이원복/박종현/장선미, 앞의 보고서, 127-198쪽 참조.

여부를 살펴보았다. 독일의 경우 의료인이 자신의 직업을 악용하거나 의료행위와 관련한 의무를 위반하여 범죄를 저지른 경우 재범위험성이 인정될 때 법원으로부터 1년 이상 5년 이하의 기간 동안 의료인으로서 직업수행이 금지될 수 있으며, 유죄의 확정판결이 내려지기 이전이라도 긴급성이 인정될 경우 독일형사소송법 제132조a에 따라 강제처분으로서 임시직업금지가 내려질 수 있다. 마찬가지로 미국에서도 주마다 약간의 차이는 있지만 거의 모든 주에서 의료인이 중죄를 범하거나 특히 환자에 대하여 성범죄를 저지른 경우 의사면허가 박탈되거나 정지될 수 있도록 규정하고 있다.

이처럼 독일과 미국에서 의료인이 중죄를 범하거나 환자를 대상으로 성범죄를 저질렀을 경우 직업금지나 의료면허를 박탈・정지하는 등 강력한 법적 규제를 하는 것은 의료인은 단순한 '자영업자'가 아닌 환자의 생명과 건강을 구하고 국민의 건강을 증진하는 전문직으로서 높은 직업윤리를 요구하고 있기 때문이다. 이러한 외국의 입법례와 달리 우리나라에서는 의료인이 성범죄를 포함한 살인, 강도 등 특정강력범죄를 저질렀을 경우에도 의료법상 의사면허를 취소할 수 없으며, 독일과 같은 형법상 직업금지제도가 도입되어 있지 아니하여 의사면허를 계속 유지한 채 의료행위를 할 수 있다. 이는 사실상 외국의 입법례에서조차 찾아볼 수 없는 엄청난 '특혜' 내지 '종신 면허'를 의료인에게 부여하고 있는 것이다. 외국의 입법례를 참고하여 아래와 같이 의료인 형사범죄에 대한 적정한 법적 규제를 마련하여 의료인의 직업윤리를 제고하고 사회적 책무를 다하도록 할 필요가 있다.

Ⅳ. 의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지제도의 도입 방안

1. 행정처분을 통한 규제강화 방안: 의료법 개정법률안

1.1 의료법 개정법률안의 주요 내용

제21대 국회에서는 의료법 개정을 통해 성범죄 혹은 특정강력범죄를 저지른 의료인에 대해 결격 및 면허취소를 가능케 하고 면허취소 후 재교부 요건을 강화하는 등 행정처분을 통한 규제강화 방안이 논의되고 있다.[64] 이와 관련하여 현재까지 4건의 의료법 개정

64) 제20대 국회에서도 의료인의 성범죄를 의료인 자격정지나 면허취소 혹은 성범죄를 저지른 의료인의 신상공개

법률안이 국회에 계류 중에 있다.

한편으로, 의료인 결격 및 면허취소 사유 강화의 내용으로, 박주민의원안은 형법 제32장(강간과 추행의 죄)에 규정된 범죄, 강도강간죄(미수범 포함), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 및 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭법')위반 행위를 결격사유에 추가하고, 대통령령으로 정할 수 있는 결격사유(법령위반 행위)의 범위를 현행 '의료관련 법령' 위반에서 모든 '법령' 위반행위로 확대하여 규정하고 있다(안 제8조 제4호).[65] 강선우의원안은 성폭법 제2조에 따른 성폭력범죄 또는 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제2조에 따른 특정강력범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 지나지 아니한 경우를 결격사유에 추가하였다(안 제8조 제5호 신설).[66] 강병원의원안은 범죄의 종류와 관계없이 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년 미만인 자, 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년 미만인 자, 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자, 파산선고를 받고 복권(復權)되지 아니한 자는 의료인이 될 수 없도록 규정하고, 의료인의 면허를 취소하도록 하고 있다(안 제8조).[67]

다른 한편으로, 면허취소 후 재교부 요건을 강화하는 내용으로, 박주민의원안은 결격·면허취소 사유 범죄로 금고 이상의 형이 확정되어 면허취소된 경우 재교부가 금지되는 기간을 현행 3년에서 5년으로 연장하고 있다(안 제65조 제2항). 강선우의원안은 성폭력범죄나 특정강력범죄로 금고 이상의 형을 선고받아 면허취소된 후 재교부 받았다가 다시 성폭력범죄나 특정강력범죄를 범하여 면허가 취소되면 더 이상 재교부할 수 없도록 하고 있다(안 제65조 제3항). 권칠승의원안은 사유를 불문하고 면허취소 후 재교부받은 사람이 (i) 면허정지 사유에 해당하는 행위를 한 경우에는 면허정지가 아닌 면허취소를 하고 2년간 재교부를 금지하도록 하고, (ii) 면허취소 사유에 해당하는 행위를 한 경우에는 면허를 취소하고 재교부를 하지 못하도록 규정하고 있다(안 제65조 및 안 제66조 제1항).[68]

등을 통한 행정규제를 강화하거나 의료인 성범죄에 대해 형벌을 가중하거나 의료인을 대상으로 한 새로운 구성요건을 두는 의료법 개정법률안이 6건 제출되었으나 회기만료로 모두 폐기되었다. 6건의 의료법 개정법률안에 대한 상세한 분석으로는 정배근, "의사의 성범죄에 대한 최근 의료법 개정법률안 검토", 의료법학 제20권 제2호, 대한의료법학회, 2019, 207쪽 이하 참조.

65) 발의연월일 2020.7.13. 의안번호 제1824호.

66) 발의연월일 2020.8.21. 의안번호 제3138호.

67) 발의연월일 2020.9.28. 의안번호 제4320호.

68) 발의연월일 2020.9.29. 의안번호 제4359호.

1.2 의료법 개정법률안의 검토 및 한계

우선, 의료인 결격 및 면허취소 사유 강화와 관련하여 현행 의료법에서는 의료인이 성범죄 혹은 특정강력범죄를 범한 경우 결격사유 및 면허취소 사유에는 해당하지 않고, 진료행위 중 성범죄를 범한 경우에 한하여 의료인의 품위 손상 행위(비도덕적 진료행위)로 자격정지 처분(성폭법 제2조 제1항 제3호의 죄를 범한 경우 자격정지 12개월, 기타 비도덕적 진료행위의 경우 자격정지 1개월)의 대상이 될 뿐이다(앞의 <표 4> 참조). 진료행위 중 성범죄를 범한 경우조차 면허취소가 아닌 자격정지 처분만 가능하도록 규정된 현행 의료법 체계는 결격사유가 특정 직종이나 사업영역에서 직업선택의 자유나 경제활동의 자유 등 기본권을 제한하는 효과를 고려할지라도 그 개선의 필요성이 충분히 인정된다고 본다. 보다 구체적으로 박주민의원안과 강선우의원안에서 결격 및 면허취소 사유로 추가하려는 범죄행위는 ① 정신적・사회적으로 자기방어능력이 부족한 아동・청소년의 성을 침해하는 반윤리적 행위, ② 개인의 성적 자유를 침해하는 성폭력범죄, ③ 살인・강도・특수강간・인신매매 등 신체적 법익을 중대하게 침해하는 특정강력범죄 등으로 환자의 신뢰 하에 생명・신체를 다루는 의료인의 직무수행과 관련성・중대성을 인정할 수 있다.[69] 다만 강병원의원안은 파산선고까지 의료인 결격사유로 추가하고 있으나,[70] 파산선고의 결격사유는 “파산선고와 의료인 면허취득 간에 직접적 관련성이 없음”을 이유로 2007.4.11. 의료법 개정을 통하여 삭제한 바 있으므로, 이를 의료인 결격 및 면허취소로 다시 규정하는 것은 재검토가 필요하다고 본다.[71]

다음으로, 면허취소 후 재교부 요건 강화와 관련하여 현행 의료법은 의료인 면허취소의 경우 ‘취소사유가 없어지거나 개전(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되면’ 1-3년이 경과한 후 면허를 재교부받을 수 있도록 하여 면허취소가 영구적인 처분이 아닌 제한적 의미의 취소로 기능하고 있을 뿐이다.[72] 이에 앞서 언급한 바와 같이 박주민의원안은

69) 헌법재판소는 2009년, 2016년, 2019년 세 차례에 걸쳐, 범죄의 종류를 제한하지 않고 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 경우 2년간 변호사가 될 수 없도록 규정한 변호사법 제5조 제2호에 대하여 합헌 결정을 하였다(헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2018헌마267 결정, 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마916 결정, 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2008헌마432 결정).

70) 이는 변호사법 제5조, 법무사법 제6조, 공인회계사법 제4조의 결격사유와 유사한 입법태도로서 의료인에 대한 고도의 도덕성・직업윤리의 요구와 전문직종간 형평성을 고려한 것으로 이해된다.

71) 홍형선, 의료법 일부개정법률안 검토보고, 보건복지위원회, 2020, 83-84쪽.

72) 보건복지부 통계에 따르면 최근 5년간(2015.~2020.6.) 의료인에 대한 면허취소는 총 310건(의사 141건, 치과의사 17건, 한의사 84건, 간호사 66건, 조산사 2건)의 처분이 이루어졌고, 같은 기간 총 124건의 면허 재교부

범죄로 인한 면허취소 시 재교부 금지기간을 현행 3년에서 5년으로 연장하고 있으며, 강선우의원안은 결격사유로 신설하려는 성폭력범죄, 특정강력범죄의 경우에만 동일사유로 2회 면허취소되는 경우 영구 취소하도록 하고 있고, 권칠승의원안은 취소사유에 대한 제한 없이 2회째 면허취소는 재교부 없는 영구적 면허취소가 되도록 하고 있다. 이러한 면허 재교부 요건 강화는 의료인에 대한 직업선택의 자유를 일정부분 제한한다는 측면이 있지만 성범죄, 특정강력범죄를 저지른 의료인을 일정 기간 혹은 영구히 의료현장에 복귀하지 못하게 함으로써 의료인과 의료기관에 대한 공공의 신뢰를 확보하기 위하여 필요하다고 본다.

그러나 이러한 의료법 개정을 통한 성범죄 혹은 특정강력범죄 의료인에 대한 규제강화 방안은 의료인에 대한 규제강화를 통해 의료인의 범죄행위를 예방하고 안전한 의료환경을 조성하려는 입법취지에 공감하면서도 다음과 같은 문제를 고려할 필요가 있다고 본다. 첫째, 의료인 결격 및 면허취소의 대상과 관련하여 의료인의 진료행위 중 성범죄에 국한해야 하는지, 진료행위 중 성범죄에 한정하지 않고 형법상 성범죄, 청소년성보호법 위반과 성폭법위반 범죄로 할 것인지(박주민의원안), 성범죄 이외에 특정강력범죄로 국한할 것인지(강선우의원안), 아니면 일반 형사범죄로 포괄적으로 할 것인지(강병원의원안) 문제된다. 이와 관련하여 대한의사협의회는 강선우의원안에 대해 “특정강력범죄의 경우 포괄적으로 규정되어 있어 의료인 직무수행과 무관하게 발생된 경우에도 의료업 직무수행을 못하도록 하는 것은 과도하게 형벌법규 적용을 확정하는 것”이며, 강병원의원안에 대해서도 “의료인의 면허 처벌에 대해서는 직무의 연관성이 있는지를 판단하는 것이 중요함에도 불구하고 동 개정안은 타 직종과의 형평성이라는 이유로 직무의 연관성과 무관하게 규범적 통제를 의도”하고 있다고 하며 반대의사를 표명하고 있다.[73] 하지만 의료인 결격 및 면허취소 사유는 독일형법 제70조의 직업금지명령과 같이 직업을 악용하거나 직업과 관련한 의무를 위반하여 범죄를 저지를 것을 요구하는 형사제재가 아니라 어디까지나 의료인의 자격과 면허에 대한 행정처분이므로 직무 관련성과 무관하게 일반 형사범죄를 범하여 법원으로부터 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자의 요건으로 충분하다고 본다. 대부분의 미국 주에서도 의료인의 면허박탈 사유로 (진료행위 중) 성범죄에 국한하지 않고 일반 범죄행위를 저지른 경우로 규정하고 있고, 특히 의료인이 환자에 대한 성범죄

신청에 대해서 총 120건의 면허가 재교부되어 96.8%의 재교부율을 보이고 있다.

73) 홍형선, 앞의 검토보고, 97-98쪽.

를 저지른 경우 의사면허가 자동적・영구적으로 박탈되도록 하고 있다. 다만 의사면허의 영구적 취소에 대해서만큼은 처분의 중대성을 고려할 때 변호사법 제91조 제1항 제1호과 같이 '직무 관련성'이 있는 경우로 제한할 필요가 있다고 본다. 또한 면허취소나 정지는 행정처분으로서 형벌이 아니므로 이중처벌 금지에 해당하지 않으며,[74] 과도하게 형벌법규 적용을 확장하는 것도 아니다.

둘째, 의료인 결격 및 면허취소의 대상과 일반 형사범죄와 관련하여 업무상과실치사상죄로 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외할 것인지 여부이다. 이와 관련하여 의료행위는 변호사, 법무사, 공인회계사 등 다른 직종과 달리 "구명성"과 "침습성", "예측곤란성"과 "위험내재성" 등이 항시 수반되므로 달리 접근할 필요가 있다고 본다.[75] 예컨대 뇌종양제거수술, 심장이식수술 등 고위험 수술, 24시간 응급실・중환자실 진료 등은 사회적 위험도가 높은 필수적 유익행위인 동시에 누구도 선뜻 부담하려고 하지 않는 기피행위이다. 그리고 의료인이라면 언젠가 한 번은 업무상과실치사상죄로 기소 위험에 처하기 마련인데, 이와 달리 변호사, 법무사, 공인회계사 등 다른 전문직종에서 업무상과실치사상죄로의 기소는 거의 문제가 되지 않는다. 다만 면허취소 사유에 과실범인 업무상과실치사상죄를 제외할 경우 고(故) 신해철 의사와 같이 반복적 의료사고를 예방할 수 없다는 비판이 가능하나, 이러한 문제는 일차적으로 의료법 제66조(자격정지 등)를 개정하여 의료인이 업무상과실치사상죄로 금고 이상의 형을 선고받을 경우 필요적 면허정지 사유로 하면 일정부분 해소 가능하다고 본다.

마지막으로, 강선우의원안과 권칠승의원안과 같이 면허취소 두 번의 경우 자동적・영구적으로 면허를 박탈하는 것은 단순히 재범 가능성이 크다는 추측만으로 헌법이 보장하는 직업선택의 자유를 심각하게 제한하여 침해의 최소성 원칙을 위반할 소지가 매우 크다고 본다. 다만 면허취소는 보안처분과 같은 형사제재가 아닌 행정처분이기 때문에 재범위험성이라는 요건을 별도로 규정할 필요는 없다고 본다.

그러나 이러한 의료법 개정법률안이 국회를 통과되더라도 사법기관이 보건복지부에 해당 의료인이 형사범죄로 금고 이상의 형의 선고를 받았음을 통보해줄 의무는 없으며, 더욱이 재판이 진행 중이면 재판이 끝날 때까지 보건복지부는 어떠한 행정처분도 취할

74) 대법원 2007.11.30. 선고 2007두10051 판결: "의료법 위반행위에 대한 형사처벌과 의사면허의 취소는 그 보호법익과 목적을 달리하는 것이어서 의료법 위반으로 형사처벌을 받은 사람에 대하여 다시 의사면허취소처분을 하더라도 이를 이중처벌이라고 할 수 없다."

75) 이러한 의료행위의 특성에 대한 상세한 설명으로는 김재윤, 의료분쟁과 법 제2판, 율곡출판사, 2015, 52-55쪽 참조.

수 없는 한계를 가지고 있다.[76] 뿐만 아니라 이미 의료법 개정법률안과 유사한 결격사유를 규정하고 있는 변호사법에 따른 징계 현황을 보더라도 2019년 기준 변호사징계위원회에서 심의된 140건 가운데 영구제명과 제명은 1건도 없으며, 3년 이내로 가능한 정직의 경우에도 3건에 불과[77]하여 행정처분에 의한 규제강화가 얼마만큼 실질적 효과를 달성할 수 있을지 의문이다.

2. 보안처분으로서 직업금지제도의 도입 방안

앞서 언급한 바와 같이 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정법률안이 통과된다고 해도 의료인 형사범죄에 대한 행정처분에 의한 규제강화는 일정부분 한계를 가진다. 이러한 한계를 극복하기 위한 방안으로 장기적 관점에서 형법에 독일형법 제70조와 유사한 직업금지를 새로운 보안처분으로 도입하는 방안을 고려할 필요가 있다고 본다.

우선, 현재 의료계에서는 청소년성보호법 제56조 제1항 제12호, 제2항에 따라 타 전문직종과 달리 의료인에 대한 아동·청소년대상 또는 성인대상 성범죄에 대해 의료기관에 10년 이내의 기간 동안 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하고 있는바, 이는 유독 의료인만 차별 취급하는 것이고 그 차별의 정도가 매우 심하며 차별취급을 함으로써 어떤 공익을 실현한다고 보기도 어려워 평등원칙에 위반된다는 비판이 제기되고 있다.[78] 이러한 문제를 해결하기 위해 의료인 취업제한의 대상범죄를 진료행위 중 아동·청소년과 관련된 성범죄로 한정하거나, 금고 이상의 형과 같이 일정 수준 이상의 형이 선고된 경우로 제한하거나, 모든 의료기관이 아니라 아동·청소년 환자를 전문적으로 다루는 의료기관으로 제한하거나, 금지되는 업무태양인 '사실상의 노무제공'의 범위를 구체화 하는 등 구체적 타당성을 모색할 수 있다고 한다.[79] 그러나 이러한 해결책은 의료인 성범죄자만에 대해 의료기관에 취업제한을 함에서 비롯되는 평등원칙 위반의

76) 실제로 지난 2007년 통영 수면내시경 성폭행사건 의사의 경우 1심에서 징역 7년을 선고받았다. 2심에서 징역 5년으로 형이 줄어들었는데, 당시 사법당국이 해당 보건소로 면허취소를 해달라고 행정처분을 의뢰하지 않아 형을 마친 뒤 여전히 의사면허를 유지한 채 지방 소재 모 요양병원 등에서 근무했던 것으로 전해졌다(머니투데이, "'환자 성폭행' 의사, 다른 병원서 태연히 근무…규정 없어", 2015.1.28. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015012716254770874&type=1&outlink=2&EVEC>, 검색일: 2021.7.9.

77) 대한변호사협회 보도자료, "대한변협, "2019년 징계 사례" 발표", 2020.2.20. <http://m.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&page=1&seq=10194&types=3&category=&searchtype=&searchstr=>, 검색일: 2021.7.9.

78) 김연희, 앞의 논문, 115쪽.

79) 김연희, 위의 논문, 115-116쪽.

문제를 근본적으로 해결할 수 없기 때문에 일반조항으로서 형법에 직업금지명령을 도입하여 해결할 필요가 있다고 본다.

둘째, 형법상 직업금지제도를 도입함으로써 앞서 언급한 의료법을 개정함에 있어 업무상과실치사상죄를 면허취소 사유에서 제외하는데 따른 문제를 해결할 수 있다고 본다. 업무상과실치사상죄로 인하여 금고 이상의 형을 선고받을 경우를 면허취소 사유가 아닌 12개월 이내의 필요적 면허정지 사유로 하는 방향으로 의료법을 개정하더라도 면허정지 기간이 12개월 이내로 짧아 행정규제의 실효성은 그리 크지 않다고 본다. 따라서 의료인이 반복적으로 업무상과실에 의해 의료사고를 발생시켰을 경우 법원에서 과실의 정도, 피해의 정도, 피해자의 수, 피해 회복 여부, 재범위험성 등을 종합적으로 판단하여 1년 이상 5년 이하의 기간 내에서 직업금지를 명하는 것이 보다 의료인 형사범죄에 대한 실효적 규제가 될 수 있다고 본다.

셋째, 현행법상 범죄행위에 따른 취업제한은 청소년성보호법 제56조 이외에도 특정경제범죄법 제14조, 화물자동차법 제9조의2, 부패방지권익위법 제82조, 아동복지법 제29조의3, 노인복지법 제39조의17에서 규정하고 있으나, 그 요건과 취업제한 기간이 서로 상이하다. 즉 특경경제범죄법은 이득액이 5억원 이상의 특정재산범죄, 도피액이 5억원 이상의 재산국외도피죄(미수범 포함), 수수액이 3천만원 이상의 수재죄, 사금융알선죄를 범하여 유죄판결을 받은 사람은 5년 이내의 기간 동안 금융회사 등에 취업할 수 없다. 그런데 특정경제범죄법상 취업제한은 청소년성보호법, 화물자동차법, 부패방지권익위법, 아동복지법, 노인복지법에서처럼 법원이 형을 선고하면서 의무적으로 취업제한을 선고하는 것이 아니라, 유죄판결을 받은 사람이 해당 기관에 취업할 수 없다고만 규정하고 있고 동법 시행령 제12조에 따라 법무부장관이 유죄판결이 확정된 사람에게 취업제한 및 허가등 금지사실과 그 대상의 범위를 통지하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 이에 2015년부터 2018년 6월말까지 취업제한 대상 범죄로 기소된 건수는 총 8,543건에 달함에도 불구하고 2008년부터 10년 동안 취업제한이나 허가 등 금지 대상 사실을 통보하거나 위반 사안에 대해 시정·제재 요구를 단 한 건조차 하지 않아 거의 사문화된 채 운영되고 있다.[80] 그리고 화물자동차법상 취업제한 기간은 2년부터 최대 20년의 범위 내(동법 시행령 제4조의10)에서 가능하도록 규정하고 있어 청소년성보호법, 아동복지법, 노인복지법에서 10년 이내에서 취업제한을 하도록 한 것보다 2배나 길게 규정하고 있다. 성폭력

80) 김정환/홍사윤, "특정경제범죄상 취업제한제도의 형벌로서의 법적 성격의 규명", 형사정책 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020.10, 100-101쪽.

범죄로 금고 이상의 형을 받은 사람에 대해 화물운송 종사자격을 취득해도 택배서비스사업의 운전업무를 최대 20년 기간 동안 금지하는 것은 직업의 자유 침해, 과잉금지원칙 위반, 평등원칙 위반 등 위헌의 소지가 있다고 본다. 또한 특별법에서 규정하고 있는 취업제한은 그 법적 성격을 보안처분으로 볼 수 있는데,[81] 청소년성보호법, 화물자동차법, 아동복지법, 노인복지법에서는 재범위험성을 판단하나 특정경제범죄법이나 부패방지권익위법에서는 재범위험성을 별도로 판단하지 않고 취업제한을 선고할 수 있다(<표 5> 참조). 따라서 이렇게 여러 특별법에 산재해 있는 취업제한 관련 규정의 통일성을 확보하고,[82] 일반 규정으로서 형법상 직업금지제도를 도입함으로써 위헌 시비에서 벗어날 필요가 있다고 본다.

〈표 5〉 개별 특별법상 취업제한 기간 및 재범위험성 판단 유무

법률명		취업제한 기간	재범위험성 판단 유무
1	청소년성보호법	10년 이내	있음(O)
2	특정경제범죄법	5년, 2년, 선고유예기간	**없음(×)**
3	화물자동차법	**20년 이내**	있음(O)
4	부패방지권익위법	5년	**없음(×)**
5	아동복지법	10년 이내	있음(O)
6	노인복지법	10년 이내	있음(O)

그렇다면 일반 규정으로서 형법상 직업금지제도의 내용을 어떻게 조문화할 것인지 문제가 남는데, 형사제재로서 직업금지는 형법 제41조의2(직업금지)를 신설하여 "법원은 자신의 직업이나 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 중대하게 위반한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 해당 직업이나 영업의 수행을 할 수 없도록 하는 명령을 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우, 그 밖에 취업을 제한하여서는

81) 이에 대한 논의로는 김대성, "'특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'상 직업제한제도의 법적 성격과 개선방안", 법학논고 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017.11, 327-334쪽; 김정환, 앞의 논문, 2015, 42-45쪽; 이승준, "기업범죄에 대한 새로운 형사제재의 도입가능성: 직업금지명령이 취업제한제도에 주는 시사점", 형사정책연구 제29권 제2호, 한국형사정책연구원, 2018, 69-70쪽; 정지훈, "형사제재로서 취업제한의 정당화 과제", 법조 제68권 제4호, 법조협회, 2019.8, 336-339쪽 참고.

82) 적어도 취업제한을 규정하고 있는 여러 특별법에서 취업제한 기간을 동일하게 10년 이내로 하고, 단서 조항에서 재범위험성을 판단할 수 있게 하는 정비가 필요하다고 본다.

아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 내용으로 규정할 수 있을 것이다. 이러한 형법상 직업금지의 법적 성격은 독일의 직업금지모델과 같이 ‘재범위험성’을 보안처분의 적극적 요소로 함으로써 미래에 직업을 행사하면서 이와 관련하여 중대한 범죄를 저지를 재범위험성을 예측하는데 어려움을 겪어 그 실효성을 담보할 수 없게 하기 보다는 ‘재범위험성’을 소극적 요소로 하는 보안처분으로 이해함이 타당하다고 본다. 이와 같이 금고 이상의 형 또는 치료감호와 결합하여 직업의 행사와 결부된 범죄와의 직접적 맥락 속에서 보안처분으로서 형사제재가 부과될 수 있는 방안을 마련함으로써 보안과 개선의 목적을 달성함과 아울러 보충적으로 직업범죄에 대한 억제적 형벌효과를 동시에 지향할 수 있다고 본다.

요컨대, 의료인 형사범죄에 대한 현행 법적 규제의 문제점을 해결하기 위해서는 일차적으로 의료법을 개정하여 타 전문직역인 변호사법이나 법무사법과 유사하게 “금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 경우(과실범의 경우 제외)”를 결격 및 면허취소 사유로 하고, 장기적 관점에서 볼 때 형법에서 새로운 보안처분으로서 직업금지제도를 도입함으로써 면허취소라는 행정처분과 독립하여 의료인이 일반 형사범죄로 금고 이상의 형을 선고받거나 의료행위시 주의의무를 중대히 위반하여 업무상과실치사상죄로 금고 이상의 형을 선고받는 경우 법원에 의해 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 의료인으로서 직업금지를 명령할 수 있게 함으로써 의료인과 의료기관에 대한 국민의 신뢰성을 제고할 필요가 있다고 본다.

Ⅴ. 맺는 말

의료인은 독점적 면허・자격을 부여받아 환자의 생명・신체를 다루고 환자는 의료인에게 전적으로 의존할 수밖에 없는 의료행위의 특수성과 의료인의 직무수행이 국민건강에 미치는 중대한 영향 등을 고려할 때 의료인에게는 높은 수준의 전문성과 직업윤리가 요구된다. 이러한 점에서 의료인이 진료행위 중 성범죄를 포함하여 살인, 강도, 특수강간, 인신매매 등 특정강력범죄뿐만 아니라 일반 형사범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받을 경우 행정처분에 의한 규제강화 차원에서 의무적 면허취소가 가능하도록 의료법을 개정할 필요가 있다. 이는 변호사, 법무사, 공인회계사 등 타 전문직종의 결격사

유와 유사한 입법론적 방안으로 의료인에 대한 고도의 도덕성・직업윤리의 요구와 타 전문직종간 형평성을 고려할 때 타당한 방안이라고 판단된다. 또한 장기적 관점에서 볼 때 형법상 새로운 보안처분으로서 직업금지를 신설하여 법원으로 하여금 금고 이상의 형으로 유죄를 선고할 때 재범위험성을 소극적 요소로 판단하여 직무수행과의 직접적 관련성이 있는 일반적 형사범죄를 저지른 의료인에 대해 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 의료인으로서 직업수행을 금지할 수 있게 함으로써 의료인과 의료기관에 대한 국민의 신뢰성을 제고할 필요가 있다고 본다.

물론 환자의 건강과 생명은 언제든 위태로울 수 있기에 전문가로서 의료인의 자율 판단과 그에 따른 권한은 충분히 보장되어야 할 것이나, 그럴수록 높은 윤리적 기준과 법적 책임이 의료인들에게 뒤따라야 한다. 의료인이 진료행위 중 성범죄를 포함하여 주의의무를 중대히 위반하여 업무상과실치사상죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고 받았음에도 면허를 유지한 채 의료행위를 하는 문제를 입법론적 차원에서 조속히 개선할 필요가 있다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

김재윤, 의료분쟁과 법 제2판, 율곡출판사, 2015.

박학모, 직업금지의 형사제재화 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2013.

이원복/박종현/장선미, 아동・청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항의 위헌성 연구, 대한의사협회 의료정책연구소, 2016.

Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl.*, C.H.BECK., 2002.

Klaus Ulsenheimer/Karsten Gaede, *Arztstrafrecht in der Praxis, 6.Aufl.*, C.F. Müller., 2020.

Schönke/Schröder-Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl.*, C.H.BECK., 2006.

Sönke Gerhold, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Bd.1*, C.H.BECK., 2014.

Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2/1*, C.H.BECK., 2005.

2. 학술지

김대성, "'특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'상 직업제한제도의 법적 성격과 개선방안", 법학논고 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017.11, 323-343쪽.

김민경/이평수/이얼, "의학전문직업성과 자율규제 관점에서 살펴본 외국 의사면허 관리제도의 동향과 시사점", 한국의료윤리학회지 제19권 제4호, 한국의료윤리학회, 2016, 430-446쪽.

김성은, "의사의 형사범죄에 따른 면허취소처분의 쟁점과 고려사항", 의료법학 제19권 제1호, 대한의료법학회, 2018, 113-142쪽.

김연희, "아동・청소년의 성보호에 관한 법률상 의료인의 취업제한 규정의 문제점과 개정방향", 의료정책포럼 제11권 제4호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2013.12, 112-116쪽.

김정환, "형사제재로서 취업제한의 법적성격과 발전방향 - 독일의 직업금지와 비교 -", 비교형사법연구 제17권 제3호, 한국비교형사법학회, 2015, 39-65쪽.

_____, "직업수행제한을 강제처분으로 도입함에 있어서 제기되는 법리적 문제의 해결 -

독일에서 활용되는 '임시직업금지'를 중심으로-", 형사정책 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016.8, 37-64쪽.

김정환/홍사윤, "특정경제범죄상 취업제한제도의 형벌로서의 법적 성격의 규명", 형사정책 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020.10, 95-124쪽.

박현정, "의료인 성범죄의 위험요소와 법적 규제의 개선방향", 일감법학 제48호, 건국대학교 법학연구소, 2021.2, 517-544쪽.

이승준, "기업범죄에 대한 새로운 형사제재의 도입가능성: 직업금지명령이 취업제한제도에 주는 시사점", 형사정책연구 제29권 제2호, 한국형사정책연구원, 2018, 61-89쪽.

장민영, "미국 성범죄자 취업제한 법제 및 판례 분석과 시사점", 법학논총 제39권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 1-29쪽.

정배근, "의사의 성범죄에 대한 최근 의료법 개정법률안 검토", 의료법학 제20권 제2호, 대한의료법학회, 2019, 207-229쪽.

정지훈, "형사제재로서 취업제한의 정당화 과제", 법조 제68권 제4호, 법조협회, 2019.8, 318-348쪽.

Jürgen Wolter, "Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 93*, De Gruyter, 1981, S. 452-506.

3. 세미나 자료집

박호균, "의료인의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방안-입법적 측면을 중심으로-", 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집, 국회의원 남인순・국회의원 권미혁・대한변호사협회, 2018.4, 3-22쪽.

이석배, "의사의 범죄와 직무금지 - 독일의 적용례를 중심으로-", 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄 자료집, 국회의원 남인순・국회의원 권미혁・대한변호사협회, 2018.4, 39-54쪽.

4. 웹자료

대한변호사협회 보도자료, "대한변협, "2019년 징계 사례" 발표", 2020.2.20. <http://m.koreanbar.

or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&page=1&seq=10194&types=3&category=&searchtype=&searchstr=>, 검색일: 2021.7.9.

데일리메디팜, "살인・강간 등 강력범죄 의사 901명, 면허취소 0건 - 자격정지 4건 불과", 2020.10.6. <https://www.dailymedipharm.com/news/articleView.html?idxno=53238>, 검색일: 2021.7.9.

머니투데이, "'환자 성폭행' 의사, 다른 병원서 태연히 근무…규정 없어", 2015.1.28. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015012716254770874&type=1&outlink=2&EVEC>, 검색일: 2021.7.9.

보건복지부 보도자료, "환자안전을 위해 의료인 면허 관리제도 대폭 강화", 2016.3.9. <http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=330381>, 검색일: 2021.7.9.

연합뉴스, "'우유주사 놓고 시신유기' 산부인과 의사 징역 1년6월", 2013.2.14. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20130214076700004>, 검색일: 2021.7.9.

_____, "추나 치료한다며… '환자 성추행' 유명 한의원 원장 집행유예", 2020.4.13. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200413099000004>, 검색일: 2021.7.9.

의학뉴스, "故신해철 집도의 실형 모면, 의사직은 '불가'", 2016.11.26. <http://www.newsmp.com/news/articleView.html?idxno=162276>, 검색일: 2021.7.9.

조선일보, "'신해철 의료소송'에서 드러난 맹점들", 2017.2.23. <https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1039294>, 검색일: 2021.7.9.

주간동아, "의사면허는 '철밥통'", 2018.5.8. <https://weekly.donga.com/3/search/11/1308047/1>, 검색일: 2021.7.9.

청년의사, "법원, 고 신해철 집도의 유죄 선고…의사 면허는 유지", 2016.11.26. <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=232724>, 검색일: 2021.7.9.

5. 기타

홍형선, 의료법 일부개정법률안 검토보고, 보건복지위원회, 2020.

[Abstract]

A Study on Introduction of Restriction on Employment as a Criminal Sanction to Criminal Offenses of Medical Personnel*

Kim, Jae Yoon**

Medical personnel are granted exclusive licenses and qualifications to treat patients' lives and bodies. A high level of professionalism and professional ethics are required for medical personnel in consideration of the specificity of medical practices in which patients have no choice but to rely entirely on medical personnel and the significant impact that medical practitioners have on public health. However, according to Article 8, No. 4 of the current Medical Act, medical personnel (doctors, dentists, oriental doctors, midwives, nurses) can have their license revoked only in cases of certain crimes under the Criminal Act (e.g., false diagnosis, doctor's abortion, unwilling abortion, leakage of business secrets, fraud: only for false medical expenses claims), except for violations of the Medical Act and medical-related laws. As a result, even if a medical practitioner is convicted of a general criminal offense (theft, robbery, embezzlement, breach of trust, murder, etc.) or a violation of the Special Criminal Act, his or her doctor's license is maintained and he/she can continue to practice medicine.

On the other hand, in the case of most professionals in Korea, such as lawyers, certified public accountants, tax accountants, if they are convicted of criminal offense, their professional registration, license, or qualifications are revoked. And unlike the Medical Act, restriction on employment as a criminal sanction are stipulated in the 「Act on the Protection of Children and Juveniles against Sexual Abuse」, 「Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Economic Crime」, 「Child Welfare Act」, etc. This restriction on employment is the introduction of occupational ban stipulated in the penal code of European countries such as Germany,

* This paper was supported by Konkuk University in 2019.

** Professor, Konkuk University Law School, Ph.D. in Law

France and Switzerland. Restriction on employment is actually known as the most effective crime prevention measure for job-related crimes.

Therefore, in this article, the problem of current legal regulation on criminal offenses of medical personnel (Ⅱ), the contents and implications of qualification regulations for criminal offenses of doctors in Germany and the United States (Ⅲ), the introduction of the occupational ban as a criminal sanction for criminal offenses of medical personnel (Ⅳ), are reviewed. And based on this discussion, the following conclusion are drawn: From a legislative point of view, it is necessary to introduce occupational ban as a new security measure against occupational criminal offense, similar to Germany, into the penal code.

[Key Words] Restriction on Employment, Berufsvebot of Germany, Security Measure, Risk of Recidivism, Act on the Protection of Children and Juveniles against Sexual Abuse