

1

헌법재판소 결정을 통한 치과의사 관련 이슈 고찰

하지우¹, 정원^{1,2,3}, 이경은^{1,2,3}, 서봉직^{1,2,3}¹전북대학교병원 구강내과²전북대학교 치과대학 구강내과학교실³전북대학교 구강생체과학연구소

ORCID ID

Ji-Woo Ha,  <https://orcid.org/0000-0002-6708-796X>Won Jung,  <https://orcid.org/0000-0002-8728-8013>Kyung-Eun Lee,  <https://orcid.org/0000-0001-8923-1478>Bong-Jik Suh,  <https://orcid.org/0000-0002-1817-4645>

ABSTRACT

A review of dentist-related issues through Constitutional Court decisions

Ji-Woo Ha¹, Won Jung^{1,2,3}, Kyung-Eun Lee^{1,2,3}, Bong-Jik Suh^{1,2,3}¹Department of Oral Medicine, Jeonbuk National University Hospital²Department of Oral Medicine, School of Dentistry, Jeonbuk National University³Institute of Oral Bioscience, Jeonbuk National University

The Constitution is the supreme law of the Republic of Korea which defines the fundamental rights of Korean citizens and provides the establishment and operations of the government. When the public authorities infringe on someone's fundamental rights guaranteed under the Constitution, the person directly involved can file a constitutional complaint to the Constitutional Court. Today, the possibility of conflict of fundamental rights is increasing with the increasing number of legislation or amendment of laws, and the development of social complexity and human rights awareness. Thus, we need to take an active interest in protecting our basic rights.

In this article, we will present a brief explanation of the constitutional complaint and types of decisions of the Constitutional Court with some cases which affected dentists after the decisions of the Constitutional Court.

Key words : Constitutional complaint, Constitutional Court decision, Dentist

Corresponding Author

Bong-Jik Suh, DDS, PhD, LLB, Professor

Department of Oral Medicine, School of Dentistry, Jeonbuk National University,

567 Baekje-daero, Deokjin-gu, Jeonju 54896, Korea

Tel : +82-63-250-2060 / E-mail : yonam@jbnu.ac.kr

I. 서론

헌법은 국가가 추구하는 최고의 가치와 국민의 자유와 기본 권리, 그리고 이를 보장하고 나라를 운영하는데 필요한 국가의 기본 조직이나 기관, 통치작용을 규정한 기본법이다¹⁾. 민주국가의 헌법은 주권자인 국민의 기본권을 최대한 보장하고 실현하는 것을 목적으로 한다²⁾.

법령은 헌법을 정점으로 하는 계층구조 또는 위계 질서를 이루고 있다(Fig. 1). 즉, 최상위 규범으로서 헌법이 정점에 위치하고, 다음 단계에 국회에서 제정한 법률이 위치한다. 법률의 위임을 받아 행정 입법으로서 시행령인 대통령령이 존재하고, 대통령령의 위임에 따라 국무총리, 행정각부의 장관이 제정하는 총리령과 부령에 해당하는 시행규칙이 존재한다³⁾. 그리고 국가기관이 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서 내부 규율에 관하여 정한 행정규칙(훈

령·예규·고시·지침 등)과 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 제정하는 자치법규(지방의회 의결로 제정되는 조례, 자치단체 장이 제정하는 규칙)가 있다¹⁾.

법규는 상하의 단계 구조를 이루고 있으며, 상위 법규에 저촉되는 하위의 법규는 효력을 잃게 된다. 만일 국회에서 만든 법률이 헌법에 저촉될 가능성이 있는 경우에는 헌법재판소에서 위헌 여부를 심사하게 되고, 명령이나 규칙이 헌법이나 법률에 저촉되는 경우에는 대법원에서 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다¹⁾.

헌법재판소 인터넷 홈페이지에서 제공하는 판례 검색 서비스 (<https://isearch.ccourt.go.kr/main.do>)를 이용하여 2022년 12월까지의 한글판례를 기준으로 “치과의사” 단어가 포함된 사건을 검색하였을 때, 전체 193 건이 존재하였다(Table 1). 그 중 헌마(권리구제형 헌법소원심판 사건)형이 105건으로 가장 높은 비율(54.4%)을 차지하

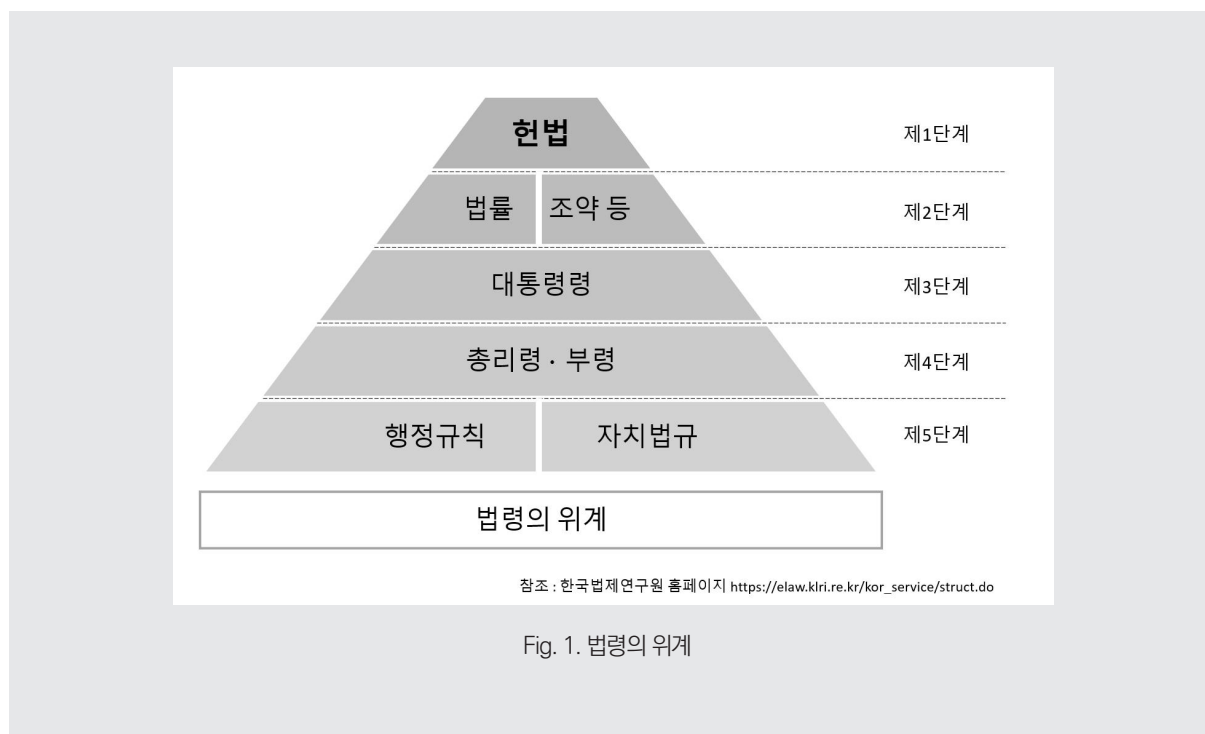


Fig. 1. 법령의 위계

Table 1. 헌법재판소 판례 중 '치과의사' 단어가 포함된 사건의 수

	'88.9~'92	'93~'97	'98~'02	'03~'07	'08~'12	'13~'17	'18~'22	전체	비율(%)
헌가	-	1	-	3	12	5	1	22	11.4
헌나	-	-	-	-	-	-	-	-	-
헌다	-	-	-	-	-	-	-	-	-
헌라	-	-	-	-	-	-	-	-	-
헌마	5	13	8	16	17	23	23	105	54.4
헌바	1	2	9	9	7	23	12	63	32.6
헌사	-	-	-	-	-	-	1	1	0.5
헌아	-	-	-	1	1	-	-	2	1.0
합계								193	100.0

헌가: 위헌법률심판사건, 헌나: 탄핵심판사건, 헌다: 정당해산심판사건, 헌라: 권한쟁의심판사건,

헌마: 헌법소원심판사건(권리구제형), 헌바: 헌법소원심판사건(위헌심사형),

헌사: 각종 신청사건(국선대리인선임신청, 가처분 신청 등), 헌아: 현재 결정 재심청구 사건

였고, 헌바(위헌심사형 헌법소원심판 사건)형이 63건으로 두 번째로 높은 비율로(32.6%) 나타났다. 해당 결정례들의 내용에는 사건의 직접 대상이 되거나 참조 조문에 사용된 의료법 등에서 '치과의사'가 포함되어 있고 그 중에는 치과의사가 직접 주체가 되어 헌법소원을 제기한 여러 사례들도 있다. 최근에는 2020년 의료법 개정에 따른 비급여 진료 비용 보고 · 공개와 관련하여 서울시치과의사회 소속 회원들로부터 헌법소원이 있었다(2021헌마374).

현대 사회에서 법규범의 역할과 비중은 지속적으로 증가하고 있으며, 사회 현실의 복잡화, 전문화에 따라 법규범 또한 다양하고 전문적인 형태로 발전하고 있다. 또한 새로운 법규범들이 탄생하고 있어 법규범들이 충돌할 가능성이 높아지고 있다²⁾. 따라서 우리는 국민으로서, 치과 의사로서 국가가 헌법에서 보장하고 있는 기본적인 권리를 침해 받지 않도록 기존 법의 개정과 새로운 법의 제정에 관심을 가져야 한다. 또한 헌법소원 심판은 국민이 공권력에 의해 기본권을 침해당했을 때 당사자 개인이 청구할 수 있는 마지막 구제 수단이므로, 헌법 소원 제도와 심

판, 그 과정을 이해하고 있을 필요가 있다. 이에 헌법소원 심판에 관한 개요와 치과의사, 의료계와 관련된 사례들을 통해 헌법재판소의 결정에 대해 알아보고자 한다.

II. 본론

1. 헌법재판과 헌법재판소

헌법재판은 헌법에 대하여 다툼이 발생하거나 헌법이 침해되는 경우에 심판 청구를 통하여 헌법 질서를 유지 및 수호하는 국가 작용이다. 오늘날 민주 국가에서 법을 지키고 실현해야 할 국가기관 등에 의하여 권력의 남용으로부터 국민의 기본권이 침해될 위험이 있는 때 이를 보호하고 헌법의 틀 안에서 정치 권력이 작용하게 함으로써 헌법을 보호하는 중요한 수단이다⁴⁾. 헌법재판소는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당 해산 심판, 국가기관의 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 그리고 지방자치단체 상호간의

권한쟁의에 관한 심판 및 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판의 권한을 갖는다(대한민국 헌법 제111조 제1항)⁴⁾.

2. 헌법 소원

헌법소원은 헌법상 보장된 국민의 기본권이 국가의 공권력에 의해 침해된 경우, 헌법재판소에 이를 제소하여 침해된 해당 기본권의 구제를 청구하고 헌법재판소가 이를 심판하는 제도이다⁵⁾. 어떤 개인은 공권력 행위가 객관적인 헌법규범에 위배된다는 주장만으로는 헌법소원을 제기할 수 없고, 원칙적으로 청구인 자신이 현재, 그리고 직접 침해당한 경우에 한하여 헌법소원을 제기할 수 있다⁴⁾. 헌법소원심판에는 두 가지 종류가 있다.

(1) 권리구제형 헌법소원

국가가 공권력을 행사 또는 행사하지 않음으로 인해 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 국민은 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하는 것이 가능하다(헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원)(Fig. 2)^{4,5)}. 다만, 헌법소원을 청구하기 전 다른 법률에 구제 절차가 존재하는 경우에는 그 절차를 먼저 모두 거친 후 청구할 수 있다⁵⁾.

(2) 위헌심사형 헌법소원 (규범통제형 헌법소원)

어떤 법률이 헌법에 위반되는지 그 여부가 소송사건에서 재판의 전제가 된 때에 당사자가 법원에 해당 법률의 위헌심판제청을 신청하였으나 신청이 기각된 경우, 당사자는 헌법재판소에 재판의 전제가 되는 해당 법률이 위헌인지 헌법소원 심판을 청구할 수 있다^{4,5)}. 이 경우 당사자는 해당 사건의 소송 절차에 있어서 동일한 사유로 다시 위헌법률 심판의 제청을 신청할 수는 없다(헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원)⁵⁾.

(3) 헌법 소원의 절차와 청구 기간

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 권리구제형 헌법소원을 청구하는 경우에는 청구인 및 대리인, 침해된 권리, 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사, 청구 이유 및 그 밖에 필요한 사항들을 기재한 청구서를 헌법재판소에 제출한다. 청구는 사유가 있음을 알게 된 날로부터 90일 이내에, 사유가 있는 날부터 1년 이내에 이루어져야 하며 다른 법률에 의한 구제 절차를 거친 경우, 그에 대한 최종 결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구해야 한다⁶⁾. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하는 경우 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 결정을 통지 받은 날부터 30일 이내에 청구가 이루어져야 한다⁴⁾.

(4) 헌법소원 심판절차

헌법소원 심판이 청구되면 헌법재판소법 제72조 제1항에 의하여 우선 재판관 3명으로 구성된 지정재판부에서 사전심사를 담당하게 된다(Fig. 3)^{4,5)}. 만일 심판 청구가 헌법재판소법에서 정하는 적법 요건 중에서 하나라도 갖추지 못하는 경우 본안에 들어가지 못하고 각하 결정된다. 심판 청구가 적법하지 않은 경우는 ① 다른 법률에 의한 구제절차가 있으나 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대해 헌법소원 심판을 청구한 경우, ② 청구 기간이 지난 뒤에 헌법소원심판을 청구한 경우, ③ 대리인의 선임없이 청구한 경우, ④ 이 외에 헌법소원 심판의 청구가 부적합하고 그 흠결을 보정할 수 없을 경우 등이다. 적법요건들이 모두 충족되거나 충족된 것으로 간주되면 전원재판부의 심판에 회부된다⁵⁾.

(5) 종국 결정

헌법 소원 심판의 종국 결정에는 각하결정과 기각 또는 합헌 결정, 그리고 인용 또는 위헌 결정 및 심판절차종료 선언이 존재한다⁴⁾. 각하 결정은 심판 청구가 적법하지 않

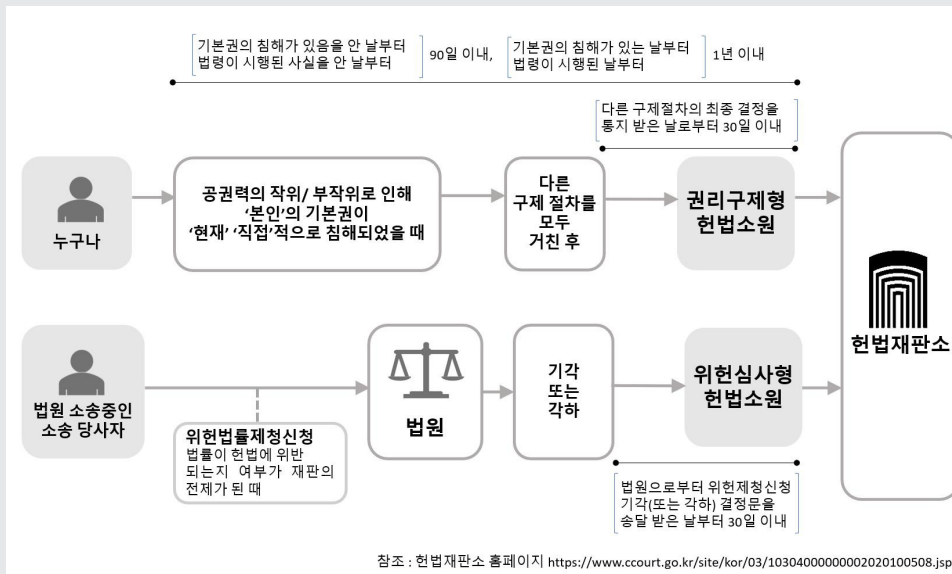


Fig. 2. 헌법소원의 순서도

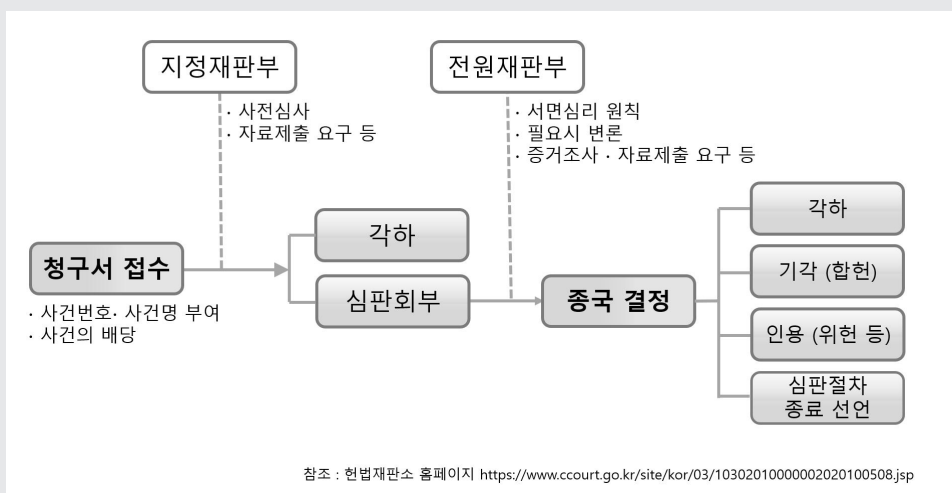


Fig. 3. 헌법소원의 심판 절차와 결정

을 때 내리는 절차 결정이고, 헌법 소원의 심판 청구가 적법하지만 본안의 이유가 없는 경우 내리는 기각 결정은 본안 결정이다⁷⁾. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법 소원의 경우 헌법재판소가 본안심리를 거친 후에 심판대상 법률이 헌법에 위반되지 않는다고 판단할 경우에는 합헌(헌법에 위반되지 아니함) 결정이 내려진다⁴⁾.

심판 청구가 부적법하지도 않으며 본안의 이유가 있을 때 인용 결정이 내려진다^{4,7)}. 권리 구제형 헌법소원심판에서 인용 결정을 내리는 경우 헌법재판소법 제75조 제3항에서 '취소' 또는 '위헌확인'을 제시하고 있다. 개별적 또는 구체적인 공권력의 행사가 심판 대상이 되고 기본권 침해의 원인이 되는 경우 취소 결정을 내릴 수 있으며 공권력의 행사를 취소할 수 있고, 심판 대상인 공권력의 행사가 종료되어 취소할 대상이 없는 경우에는 위헌확인 결정이 내려질 수 있다. 또는 공권력의 불행사에 대한 헌법 소원이 인용된 경우에도 위헌확인 결정이 내려진다⁴⁾.

법률이 헌법에 위반되는 것으로 인용 결정되는 것에는 여러 종류가 있다. 헌법재판소에서 위헌심판을 한 결과, 심판 대상이 위헌이라는 결론에 이르러 '단순위헌' 결정을 내리거나 또는 헌법심판 결과 해당 법률이 헌법에 위반되나 단순위헌 결정을 내려 당사 효력을 상실시키는 것이 극심한 혼란을 불러올 수 있는 경우에 법률을 형식적으로 존속시키는 '헌법 불합치' 결정이 존재한다. '한정합헌'(또는 '한정위헌')은 심판대상이 된 법률조문을 다의적으로 해석 가능할 때 위헌적인 해석 가능성을 배제하고 헌법에 맞는 특정한 내용으로 해석하는 한 합헌(또는 위헌)이라고 결정하는 변형 결정이다^{4,8)}. 이러한 형태의 인용 결정을 내릴 수 있는 경우는 위헌심사형 헌법소원, 권리구제형 헌법소원에서 법령소원을 인용하는 경우, 권리구제형 헌법소원에서 공권력의 행사 혹은 불행사가 위헌인 법률 또는 조항에 기인한 것이라고 인정되는 경우(부수적 규범통제)이다⁸⁾.

이 외에 심판 청구의 취하 등과 같은 경우 내려지는 특

수한 결정으로서 심판절차 종료선언이 있다^{4,8)}.

3. 치과의사 및 의료계와 관련된 헌법소원의 예

(1) 헌법재판소 2017. 7. 27. 선고 2017헌바30 결정 [의료법 제27조 제1항 등 위헌소원] - 합헌 결정

해당 사건의 청구인인 치과의사는 치과의원을 개설하여 운영하고 있고, 치과위생사 2인은 청구인에게 고용되어 치과의원에 근무하고 있었다. 관련된 치과위생사 2인은 어떤 환자에게 치과의사의 지도 없이 구강내 방사선 사진 촬영, 치석제거와 같은 치과위생사의 업무를 하고, 또한 업무 범위를 초과하여 치아 다듬기, 시린 치아에 약도포 및 염증 치료를 위한 처방전 교부 등 의료행위를 시행하였다. 해당 지방법원은 이러한 치료 행위가 의료법 제27조 제1항의 무면허 의료 행위에 해당하는 것으로 보고 치과위생사들에게 벌금형을 선고하였고, 청구인에게도 벌금형이 선고되었다. 청구인은 항소 및 재항고(청구지방법원 2013노994, 대법원 2014모3314)를 하였으나 모두 기각되었고, 보건복지부 장관은 청구인으로 하여 의료법 제66조 제1항 본문 제5호에 따라 치과의사면허 자격 정지 3개월 처분을 하였다.

청구인은 이후 법원에 보건복지부장관을 상대로 하여 이 사건의 처분 취소를 구하는 소송을 제기하고, 소송 중 의료법 제27조 제1항, 제66조 제1항 본문 제5호에 대하여 위헌법률 심판제청을 신청하였으나 법원이 기각하자(대전지방법원 2016아1000390) 이 사건에 대해 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인은 의료법 제27조 제1항에서 제시한 '의료행위'의 구체적인 내용과 비의료인이 의료행위를 할 수 있도록 허용된 사람의 범위를 하위 규정에 포괄적으로 위임하여 포괄위임금지원칙에 위배된다고 주장하였다. 또한 해당 법 조항에서 비의료인에게 금지된 '의료행위'의 구체적인 내용을 규정하지 않고 있어 명확한 의미를 의료인

이 인식할 수 없고, 의료기사의 보조행위가 어느 범위까지 허용되는지 알 수 없으므로 명확성의 원칙에 위배된다고 주장하였다.

헌법재판소는 포괄위임금지원칙에 위배된다는 주장에 대해 의료법 제27조 제1항의 단서에서 외국의 의료인 면허를 가진 자이거나 의과대학 등 의료봉사나 연구 등을 위하여 의료행위를 하는 자, 또는 의학 등을 전공하는 학교의 학생은 보건복지부령으로 정하는 범위 내에서 의료행위를 행할 수 있다고 규정할 뿐, 이외의 의료 행위의 내용과 의료 행위가 가능한 자의 범위를 하위 법규에서 위임하여 규정하지 않고 있음을 제시하였다. 또한 청구인 당사자가 의료인으로서 비의료인이 의료행위를 하도록 한 이유로 사건 처분을 받았고, 해당 사건은 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송이기 때문에 심판 대상을 의료법 제66조 제1항 본문 제5호로 한정하여 명확성 원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다.

헌법재판소에서는 의료법 제27조 제1항의 의료행위 부분이 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에 국한되지 않고, 이와 관계가 없더라도 의학지식과 기능을 갖춘 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 수 있는 일체의 행위를 포함한다고 하였다. 심판대상조항 중 '의료행위'의 개념은 건전한 일반 상식을 가진 사람이 파악하기 어렵거나 법관에 의해 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어렵고, 또한 의료기사의 종류와 업무에 관하여 '의료기사 등에 관한 법률' 제2조에서 규정하고 있으므로 의료인이 의료기사를 고용해 의료행위를 하는 경우에 있어 그 범위를 예측할 수 없거나 이에 관한 자의적인 법집행의 우려가 있다고 볼 수 없으므로 심판대상 조항은 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하여 합헌 결정을 내렸다⁹⁾.

(2) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 전원재판부 [위헌확인·각하] [전문의 자격시험 불실시 위헌

확인 등] - 위헌확인 및 일부 각하

1996년 7월 23일 치과의사 000 외 10인의 청구인들은 '치과전문의 자격시험이 실시되지 않음으로 인해 청구인들이 전공의 수련 과정을 거치고도 전문의 자격인정을 받지 못하고, 전문과목을 표시할 수 없어 전문적인 직업 수행 및 연구를 할 수 없기 때문에 행복추구권, 직업의 자유, 학문의 자유 및 재산권을 침해 받고 있으며, 국민의 일원으로서 보건권도 침해받고 있고, 전공의 수련 과정을 거치지 않은 치과의사나 전문의 시험을 실시하는 다른 의료분야의 전문의에 비하여 불합리한 차별을 받고 있다'는 요지로 보건복지부장관과 대한치과의사협회(이하 '협회')를 피청구인으로 헌법소원을 청구하였다[관련 규정: 전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정(1976. 4. 15. 대통령령 제8088호로 제정되고, 1995. 1. 28. 대통령령 제14516호로 개정된 것)].

판시 사항을 통해 살펴보면 해당 헌법소원의 쟁점은 진정 입법부작위에 대한 헌법소원심판 청구의 청구기간 및 보충성의 원칙에 위배되는가, 그리고 보건복지부 장관이 의료법과 대통령령의 위임에 따라 치과전문의자격시험 제도가 실시될 수 있도록 시행규칙의 개정 또는 필요한 조항의 신설 등 제도적인 조치를 마련하지 아니한 부작위가 청구인들의 기본권을 침해한 것으로서 헌법에 위반되는지 여부이다. 첫째로 피청구인인 보건복지부장관이 치과전문의자격시험의 실시를 위해 필요한 시행규칙 개정 등의 절차를 마련하지 않은 입법부작위와 둘째, 피청구인인 보건복지부장관이 피청구인인 협회로 하여 치과전문의자격시험을 실시하도록 지시하지 아니하거나 또는 스스로 실시하지 않는 부작위, 셋째 피청구인인 협회가 치과전문의 자격시험을 실시하지 아니하는 부작위가 헌법에 위반되는지 여부에 관한다.

헌법재판소는 이 사건에서 보건복지부 장관의 작위 의무는 의료법 등에 의한 위임에 의하여 부여된 것이고, 헌법에 명문으로 규정되지는 않았으나 삼권분립의 원칙,

법치행정의 원칙을 전제로 하고 있는 우리나라 헌법하에서 행정 입법 등의 법집행의무를 헌법적 의무로 보아야 한다고 하였다. 즉, 치과 전문의 제도의 실시를 법률과 대통령령이 규정하고 있고, 그 실시를 위해 시행규칙의 개정이 이루어져야 함에도 불구하고, 행정권이 법률의 시행을 위해 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우, 행정권에 의하여 입법권이 침해된 결과가 된다. 따라서 피청구인 보건복지부장관은 헌법으로부터 유래하는 행정입법의 작위의무가 있다고 할 수 있다. 보건복지부장관은 제도의 시행을 위한 노력에도 불구하고 치과의료계의 의견 불일치 등의 이유로 지체되었으며 이는 위헌적으로 행정입법 등 조치를 하지 않은 부작위가 아니라는 취지로 주장하였으나, 헌법재판소는 1976년 4월 15일 규정이 제정된 때로부터 20년 이상 제도의 실시가 지체된 것을 합리적인 기간 내의 지체로 볼 수 없으며 입법부가 제도의 실시 여부를 행정부의 재량에 맡기지 않고 무조건적인 실시를 명하고 있으므로 행정입법의 지체를 정당화할 근거가 되지 않는다고 판단하였다. 결론적으로 청구인들이 신청한 심판 청구 내용 중, 피청구인 보건복지부장관이 의료법과 관련 규정의 위임에 따라 치과 전문의 자격 시험의 제도를 실시할 수 있는 절차를 마련하지 않은 입법부작위가 헌법에 위배됨을 확인하였고, 또한 이로 인해 청구인들이 주장한 침해되는 기본권들 중 직업의 자유, 행복추구권 및 평등권이 침해됨을 인정하였다¹⁰⁾.

(3) 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마799 전원재판부 [의료법 제77조 제3항 위헌확인] (전문과목을 표시한 치과의원의 진료범위 제한 규정 위헌확인 사건) - 위헌확인

치과의사 전문의(이하 치과전문의)로서 치과의원을 운영하거나 치과병원에서 근무하는 치과전문의, 공중보건 의사로서 근무하는 치과전문의, 제7회 치과전문의 자격 시험의 응시를 앞둔 치과의사전공의들로 구성된 청구인

들은 2013년 11월 26일 의료법 제77조 제3항이 전문과목을 표시한 치과의원으로 하여금 해당 전문과목에 해당되는 환자만을 진료하도록 함으로써 치과의원을 개설·운영하고 있거나 하고자 하는 청구인들의 직업의 자유와 평등권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다. 심판대상 조항은 의료법(2011. 4. 28. 법률 제10609호로 개정된 것) 제77조 제3항으로서 전문과목을 표시한 치과의원은 응급환자를 제외하고 해당 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하도록 하고 규정하고 있었다.

헌법재판소는 심판대상조항이 치과전문의가 1차 의료기관(치과의원) 보다 가급적 2차 의료기관에서 진료하는 것을 유도하여 적정한 치과 의료전달 체계를 정립하고 치과 전문과목 간에 균형 있는 발전을 도모하고자 한 입법 목적은 정당하나 1차 의료기관의 전문과목 표시에 불이익을 줌으로써 2차 의료기관 근무를 유도하는 것은 적절한 방안이 될 수 없다고 판단하였으며 심지어 특정 전문과목 진료만으로도 충분한 수익을 올릴 수 있는 과목에 편중되는 현상이 심해질 수 있다고 보았다. 따라서 심판대상조항은 수단의 적절성과 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 치과일반의로서 가능한 진료도 하지 못하는 불이익은 과잉금지원칙에 위배되며 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 보았다. 또한 의사전문이나 한의사전문 의와 치과전문의 사이 본질적 차이가 없음에도 치과전문의에 대해서만 전문과목 표시를 이유로 진료의 범위를 제한하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵고, 일반 치과의사가 모든 치과 환자를 진료할 수 있음에 반하여 상위의 자격을 갖춘 치과의사에게 더 좁은 범위의 진료 행위만을 허용하는 것으로 심판대상조항은 청구인들의 평등권마저 침해한다고 하였다.

따라서 헌법재판소는 해당 심판대상조항에 대하여 헌법에 위반됨을 확인하고 해당 법조항을 삭제하였다(2016. 12.20)¹¹⁾.

**(4) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정
[의료법 제56조 제1항 등 위헌소원] (의료광고 사전
심의 사건) - 위헌 결정**

청구인(의사 000과 광고업 및 의료기기 판매업자 000)들은 2013년 9월 24일경부터 같은 달 27일경까지 보건복지부장관의 심의 없이 광고문구가 적힌 현수막을 설치하는 방법으로 의료광고를 하였다는 사실로 약식명령(대전지방법원 2013고약15224)을 받았다. 이에 청구인들은 정식재판을 청구한 후, 재판 도중 의료법 제56조 제1항 및 제2항 제9호에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되었으며 유죄판결이 선고되었다. 이에 청구인들은 2015년 2월 24일 위 조항들이 헌법 제21조 제2항 사전검열금지 원칙에 위반되며, 이를 어길 경우 행정처분, 과징금 또는 과태료 등과 같은 다른 수단을 두지 않고 무조건 형벌을 가하도록 규정하고 있어 이는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 반하여 청구인들의 표현의 자유와 의료소비자들의 알권리를 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다. 이후 심판대상 법률을 추가하여 신청 취지 변경과 이유변경서를 제출하였고, 헌법재판소에서는 의료법 제56조 제2항 제9호 및 해당 법률의 위반행위에 대한 처벌 규정으로서 의료법 89조를 함께 심판대상으로 인정하였다. 재판부의 결정요지를 살펴보면, 헌법이 특정 표현에 대해 검열을 예외적으로 허용하는 규정을 두지 않았으며, 사전검열금지원칙의 적용이 배제된 영역을 따로 설정하는 경우 그 기준의 객관성을 담보할 수 없으므로 사전검열은 예외 없이 금지되어야 하는 것으로 보아 의료광고 역시 적용 대상이 된다고 밝히고 있다. 또한 의료광고 사전심의의 경우 각 의사협회가 위탁 받아 보건복지부장관으로부터 행해지고 있으나 이것이 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 행해지고 있다고 보기 어려우므로 이 사건과 관련된 법률 규정들을 헌법에 위반된다고 결정하였다¹²⁾.

이후 해당 법조항이 개정되어(2018. 3. 27.) 정부가 아

닌 민간 주도로써 의료인단체(의사회, 치과의사회, 한의사회)나 소비자단체가 보건복지부장관에게 의료광고 자율심의기구로 신고하고, 환자와 소비자에게 해로운 의료광고를 사전에 거를 수 있도록 ‘민간 의료광고 사전심의’가 적용되고 있다.

**(5) 헌법재판소 2007. 12. 27. 선고 2004헌마1021 전
원재판부 [의료법 제2조 등 위헌확인] - 헌법불합
치 결정**

청구인들은 의사 면허와 한의사 면허를 모두 취득한 후, 양의와 한의를 겸업할 수 있는 병의원을 개설을 추진하다가, 당시의 의료법에 의하여 이러한 형태의 병의원 개설이 금지되어 있다는 사실을 알게 되었다. 이에 청구인들은 이를 금지하는 법률이 직업 선택의 자유와 평등권을 침해한다는 요지로 헌법소원심판을 청구하였고, 2007년 4월 11일 의료법이 개정된 후 개정된 법에 따라 심판대상조항을 변경하는 청구취지 변경서를 제출하였다. 의료법 제33조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제 8366호로 전부 개정된 것)에 의하면 의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있고, 의사는 종합병원, 병원, 요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원, 요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

헌법재판소는 복수면허 의료인인 청구인들에게 선택에 따라 한쪽 면허의 의료기관만 개설할 수 있게 하여 나머지 면허에 따른 의료인으로서 직업을 선택할 수 없게 하는 점에서 직업의 자유에 대한 제한이며, 단수의 면허를 가진 의료인에 대하여 ‘다른 것을 갈게’ 대우하여 평등권을 침해한다고 판단하였다. 그러나 이러한 법률 조항이 위헌으로 선언되고 즉시 효력을 상실하는 경우, 의료기관의 개설에 있어 직접 의료행위를 수행하도록 한 장소적 제한마저 풀리게 되어 법적 공백이 발생할 것이므로, 헌법에 합치되지 않으나 시한을 두고 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용되도록 한 헌법불합치 결정을 내렸다¹³⁾.

이후 일부 개정을 통해 두 개 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있도록 하였다(의료법 제33조 제8항).

(6) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2021헌마374, 743 (병합), 2021헌마1043(병합) 전원재판부 결정 [의료법 제45조의2 제1항 등 위헌확인, 의료법 제45조 제2항 위헌확인] (비급여 진료비용의 보고 및 공개에 관한 사건) - 기각, 각하

최근 치과계에서 헌법소원을 제기한, 2020년 의료법 개정에 따른 비급여 진료 비용 보고·공개에 관한 법률의 내용은 다음과 같다.

의료법(2020. 12. 29. 법률 제17787호로 개정된 것) 제45조의2(비급여 진료비용 등의 보고 및 현황조사 등)에 따르면 의료기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 비급여 진료 비용 및 제증명수수료 항목, 기준, 금액 및 진료내역 등에 관한 사항을 보건복지부장관에게 보고해야 하며(의료법 제45조의2 제1항), 보건복지부장관은 제1항에 따라 보고받은 내용을 토대로 모든 의료기관의 비급여 진료 비용의 항목, 기준, 금액 및 진료내역 등에 관한 현황을 조사분석하여 그 결과를 공개할 수 있다(의료법 제45조의2 제2항). 또한 보건복지부장관은 위 현황조사와 분석에 필요한 자료를 제출하도록 명할 수 있으며, 해당 의료기관의 장은 특별한 사유 없이 명령을 따라야 한다. 현황 조사분석 및 결과 공개의 범위나 방법, 절차 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하였으며(의료법 제45조의2 제4항), 그 결과를 공개하는 의료기관은 보건복지부장관이 지정한 의료기관으로 한다(의료법 제45조의3 제1항). 의료법 제92조(과태료)에 따라 보고를 하지 않거나 거짓으로 보고한 자, 자료를 제출하지 않거나 거짓으로 제출한 자에게 200만 원 이하의 과태료를 부과하도록 하였다. ‘비급여 진료비용 등의 공개에 관

한 기준’(보건복지부고시 제2021-100호)에서는 대상 의료기관에 의원급 의료기관이 포함하도록 정하였으며(제3조), 심사평가원장이 대상 의료기관의 장에게 자료 제출을 통지하도록 하였다(제6조).

이에 서울시치과의사회의 임원 및 회원 31명의 청구인이 의료법 제45조2에 대하여 2021년 3월 30일 헌법소원을 제기하였고, 2021년 6월 25일에는 서울시의사회소속 회원들에 의해 헌법소원이 제기되었으며(2021헌마743), 2021년 8월 31일 치과의사 출신의 변호사 1인이 의료인 당사자로서 기본권 침해를 이유로 헌법소원을 제기하였다(2021헌마1043). 위 3개의 헌법 소원이 병합되어 심리가 진행되었다.

청구인들은 비급여 진료 내역을 보고하도록 하는 것은 민감한 개인의 의료정보를 국가에 제공하는 것으로 의료인의 양심의 자유와 직업의 자유, 의료소비자인 국민의 개인정보 자기결정권을 침해하며, 의원급 의료기관이 비급여 진료 비용을 공개하도록 하는 것은 의원 간의 최저가격 경쟁을 촉발시켜 소규모 영세 의료기관의 운영을 어렵게 할 수 있어 의사들의 직업의 자유를 침해한다고 주장하였다¹⁴⁾.

헌법재판소에서는 청구인들로부터 심판이 청구된 법률이나 규칙 중, 개정된 구 의료법이나 청구인들의 기본권에 대한 직접 침해 가능성이 없는 항목 등을 제외하였고, 심판 대상으로 판단한 의료법 제45조의2 제1항 중 ‘비급여 진료비용’에 대한 부분(‘보고의무조항’)은 법률유보원칙, 포괄위임금지원칙 그리고 과잉금지원칙(비례원칙)을 위반하지 않으며 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 그리고 ‘비급여 진료비용 등의 공개에 관한 기준’(2021. 3. 29. 보건복지부고시 제2021-100호)에서의 ‘비급여 진료비용’에 관한 고시조항 또한 법률유보원칙이나 과잉금지원칙을 위반하지 않으며 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하여 해당 부분에 대한 심판 청구를 기각하였다(청구인 중 일반 국민에 해당하는 2

인의 심판 청구는 비급여 진료 비용 공개로 인한 불이익을 입는 것으로 보기 어려우며 청구인의 자기 관련성이 인정되지 않아 각하되었다.)¹⁵⁾

III. 고찰

현대 사회에서 법규범의 역할과 비중이 지속적으로 증가하고 있고, 사회의 형태가 복잡해지고 전문화됨에 따라 법규범 역시 다양하고 전문적인 형태로 변화하고 있다²⁾. 1980년대 이후 국민들의 의료 이용이 증가하고 의료 서비스의 종류가 다양해지면서 의료분쟁의 수가 증가하였고, 의료 분쟁의 해결을 위해 의료심사조정위원회, 소비자보호원을 통한 의료관련 소비자피해구제, 민사 소송 및 조정과 같은 절차들이 존재하였지만 여러 문제들로 인해 제대로 활용되지 못하였다¹⁶⁾. 이로 인해 의료 분쟁을 공정하고 효율적으로 해결하기 위해 법 제정의 필요성이 대두되었고 여러 법률안을 거쳐 '의료사고피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률(약칭 의료분쟁조정법)'이 제정되어 2012년부터 시행되었으며 이후 수차례 개정 과정을 거쳤다. 이처럼 수많은 법규범들이 우리의 생활을 규율하고 있으며 동시에 새로운 법규범들이 도입되고 있다. 그렇기 때문에 아무리 뛰어난 법률 전문가라 할지라도 모든 법규범을 조망하는 것은 불가능하며, 법규범들이 충돌하거나 이로 인하여 법적 기준이 혼란스러워질 가능성이 높아졌다. 이러한 상황에서 일관된 법의 체계를 지키기 위하여 헌법은 국가질서의 근간으로서 하위 법규범들의 방향과 기준을 제시하고 있다²⁾.

의료광고 사전심의 제도가 위헌이라는 헌법재판소의 결정(2015년 12월 23일 선고, 2015헌바75) 이후 심의를 거치지 않은 광고들이 증가함으로 인하여 소비자들의 피해에 대한 우려가 있었다. 이로 인해 사전 심의 제도의 필요성이 증가되었고, 2018년 의료법이 개정되어 자율규제

차원의 사전 심의 제도가 도입되었다. 이러한 의료광고 자율 심의 제도는 의료법 개정 이유에서 불법 의료 광고로부터 의료 소비자의 자기결정권 등을 보호하는 것과 동시에 공급자 간의 공정한 경쟁 환경을 조성하기 위한 목적을 가지고 있다고 밝히고 있다. 해당 제도에 대해서 기존 사전 심의제도의 위헌 요소들이 수정되었다는 평가도 있으나 의료인의 표현의 자유를 과도하게 강조하다 보면 소비자 보호에 충실하지 못할 가능성이 있고, 광고주의 입장에서 사전 심의제도가 부활되었다는 비판 또한 존재한다²⁰⁾. 이와 같이 헌법재판의 결과는 모든 면에서 기본권 신장의 작용만을 가질 수 없으며 어떤 경우는 보호된 기본권과 상충된 다른 기본권이나 공익이 희생되거나 일부 양보될 수도 있다²¹⁾. 그럼에도 헌법재판소는 막연하게 공익이나 질서와 윤리 개념을 이유로 설득력 있는 논리 없이 쉽게 다수자의 질서 유지를 옹호해서는 안되며 소수의 권리라 할지라도 정교한 논증을 통해 보호받을 수 있도록 심사숙고해야 한다²¹⁾.

헌법재판소의 통계에 의하면 1988년 9월부터 2022년 12월까지 헌법재판소에 접수되어 처리된 헌법소원 사건은 총 44,466건이며, 그 중 30,867건(%)은 지정재판부 또는 전원재판부에 의해 각하되었고, 8,381건(18.8%)은 기각, 2,707건(6.1%)은 합헌 결정이 내려졌다. 또한 인용 848건(1.9%), 위헌 결정 379건(0.9%), 헌법불합치 결정 204건(0.5%) 등으로 나타났다¹⁷⁾. 전체 사건 중 인용, 위헌 결정이나 헌법 불합치 결정의 사건 비율은 크지 않으나, 헌법재판은 국회가 만든 법률의 적용이 문제가 되는 일반적인 민사재판이나 형사재판처럼 재판을 다루는 당사자에게만 효력이 미치는 것이 아니라 헌법재판소의 결정에 따라 모든 국가 기관과 지방자치단체에 효력을 미치므로¹⁸⁾ 그 영향이 결코 적다고 할 수 없을 것이다. 최근에는 헌법재판소의 위헌법률 심사나 헌법소원 사건에서 위헌결정이 내려질 때, 심판의 대상이 되는 법률 조항의 범위를 축소하는 경향이 있다¹⁹⁾. 예를 들어 비급여 진료비

용의 보고 및 공개에 관한 사건(헌법재판소 2023. 2. 23. 선고, 2021헌마374)의 경우, 청구인들이 헌법소원심판을 청구한 의료법의 항목들 중, 비급여 진료비용 등의 공개에 관한 기준 제3조에 대하여 의원급 의료기관(의료법 제3조 제2항 제1호에 따른 의료기관)에 관한 부분으로 한정하였으며, 청구인들은 ‘비급여진료비용’의 보고 및 공개에 대한 위헌성만을 주장한다고 보고 ‘제증명수수료’에 관한 부분은 심판대상조항에서 제외하였다. 또한 헌법불합치 결정을 선호하는 경향이 나타나고 있는데 이는 위헌 결정으로 인한 법질서의 충격을 최소화하려는 목적을 가지고 있으며 또한 입법자의 개선 입법을 통해서 합헌적 질서 회복의 역할을 수행하도록 하기 위한 것이기도 하다¹⁹⁾.

그러나 헌법재판이 위헌이나 헌법 불합치로 결정되는 경우에 그 효력이 항상 우리에게 즉시 나타나는 것은 아니다. 1998년도에 치과의사 전문의 자격시험 불 실시 위헌 확인 사건(96헌마246)이 위헌으로 결정된 이후 ‘치과의사 전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정’(2003.6.30)이 제정되었고, 이를 통해 2004년 이후 수련자에 한하여 2008년 1월 제1회 치과전문의 자격시험이 실시된 것처럼, 법률이 제정되거나 개정되기까지 오랜 시간이 걸리기 때문이기도 하고 어떤 경우는 위헌 또는 헌법 불합치 결정이 내려진 이후에도 개정을 위한 입법이 되지 않아 오랫동안 개정 대상으로 남아있는 경우도 있다. 한 예로, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제47조 제2항 등 위헌소원(2018헌바504) 사건의 청구인들은 한국 의료분쟁조정중재위원장이 의료분쟁조정법 제47조 제2항, 제4항에 근거하여 손해배상금 대불비용 부담액을 부과한 처분에 대해서 행정 소송 및 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 심판대상조항의 내용 중 ‘그 금액’ 부분이 대불비용 부담금의 금액에 관하여 아무 기준 없이 대통령령에 위임하였고, 그 결과 보건 의료기관 개설자가 대불비용 부담금을 얼마나 부담할 것인지 그 산정 기준을 행정권의 재량에

전적으로 맡긴 것과 다름없게 되었으며 행정부의 자의적인 행정입법권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 우려가 제기된다고 보았다. 따라서 이 사건의 위임조항 중 ‘그 금액’ 부분은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 하였으며 위헌 결정이 아닌 헌법불합치 결정을 내리고(2022년 7월 21일 선고) 2023년 12월 31일 까지 개선입법의 시한을 두었으나 이에 대한 발의는 없는 상태이다. 이외에도 여러 사례들이 존재하므로 우리들은 어떤 헌법소원 사건에 대해서 헌법재판소의 결정이 어떻게 내려지는가 뿐만 아니라 결정의 종류에 따라 필요한 그 이후의 과정에 대해서도 지속적인 관심을 가지고 지켜볼 필요가 있을 것이다.

IV. 결론

헌법재판소가 창립된 이후로 의료법 등 치과의사가 연관된 법률에 대해 이미 수많은 헌법소원 사건이 발생하였고(Table 1), 헌법재판소의 결정에 따라 개정 및 제정을 통해 법률이 개선되어왔다. 그러나 현대에는 수많은 법규범들이 생겨나고 더욱 복잡해지고 있기 때문에, 치과의사들이 영향을 받는 헌법소원 사건 또한 새롭게 발생할 수 있을 것이다. 따라서 헌법소원 재판의 기본적인 내용을 파악하고 과거 치과의사와 연관된 헌법소원심판의 결정을 일부 살펴봄으로써 치과의사로서 권리를 지키는 것에 대해 지속적으로 관심을 가지는 계기가 되었으면 한다.

References

1. 김문현, 박은정, 신인령, 장영민, 홍정선, 법과 사회정의, 제3판, 서울: 이화여자대학교출판부; 2000. p. 26-27.
2. 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 제1판, 서울: 고려대학교출판문화원; 2018. p. 2-3.
3. 홍동희, 한국 행정법론, 제1판, 성남: 과학기술법제연구원; 2014. p. 2.
4. 헌법재판소 헌법재판연구원, 주식 헌법재판소법, 서울: 헌법재판연구원; 2015.
5. 여경수, 권리구제형 헌법소원상 적법요건에 관한 비판적 고찰. 인권과 정의 2017; 463: 6-20. <http://dx.doi.org/10.22999/hraj..463.201702.001>.
6. 한수웅, 법령에 대한 헌법소원심판에서 청구기간의 헌법적 문제점. 중앙법학 2013; 15: 7-45. <http://dx.doi.org/10.21759/cau-lawv.2013.15.4.7>.
7. 허완중, 헌법재판소의 결정유형 선택기준 - 위헌법률심판의 본안결정을 중심으로. 헌법학연구 2011; 17(1): 399-436.
8. 박승호, 헌법학개론, 제1판, 서울: 박영사; 2022.
9. 헌법재판소 2017. 7. 27. 선고 2017헌바30 결정.
10. 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 전원재판부 결정.
11. 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마799 전원재판부 결정.
12. 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정.
13. 헌법재판소 2007. 12. 27. 선고 2004헌마1021 전원재판부 결정.
14. 헌법재판소 공보관실, 변론보도자료, 2021. 5. 17. 2021헌마374.
15. 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2021헌마374등, 전원재판부 결정.
16. 박영호, 환자와 의사간 의료분쟁의 원만한 해결방안 (의료분쟁조정법을 중심으로). 저스티스 2021; 182(2): 437-481. <https://doi.org/10.29305/tj.2021.02.182.2.437>.
17. 헌법재판소 인터넷 홈페이지. Available from: <https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do>.
18. 헌법재판연구원, 함께 읽는 헌법 - 헌법재판과 헌법재판소, 서울: 헌법재판소 헌법재판연구원; 2016.
19. 전상현, 헌법재판소의 미니멀리즘, 저스티스, 2021; 185: 5-37. <https://doi.org/10.29305/tj.2021.08.185.05>.
20. 장석권, 의료광고 자율 사전 심의 제도를 규정한 개정 의료법 제57조 등에 대한 소고, 한국광고홍보학보, 2020; 22(4): 201-233. <https://doi.org/10.16914/kjapr.2020.22.4.201>.
21. 김하열, 한국 헌법재판제도의 성과와 과제, 저스티스, 2015; 146(2): 94-113.