

# 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’ 과 대면진료의무를 위반한 의사의 형사책임\*

이 승 준\*\*

## 차 례

- I. 문제의 제기
- II. ‘비대면 진찰’에 대한 判例의 입장
  - 1. 헌법재판소의 판단 : 헌재결 2012.3.29, 2010헌바83
  - 2. 대법원의 판단 : 대판 2013.4.11, 2010도1388
- III. 의료법상 ‘직접 진찰’에 비대면 진료를 포함하는 것이 타당한지 여부
  - 1. ‘직접 진찰’의 개념에 대한 기존의 해석
  - 2. ‘직접 진찰’에 비대면 진료가 포함되는지 여부
- IV. 의료법 개정의 필요 - 입법적 개선
  - 1. 외국의 경우
  - 2. 의료계의 현실을 고려한 의료법 개정
- V. 나아가며

\* 이 논문은 2013년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비 지원에 의하여 연구되었음

\*\* 충북대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

접수일자 : 2014. 10. 30. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

## I. 문제의 제기

2013년 의료계는 원격진료의 확대라는 이슈로 몸살을 앓았다. 보건복지부의 원격의료 확대 방침이 오진가능성 상승과 대형병원의 쏠림 현상 심화를 주된 이유로 한 의료계의 격심한 반대에 직면하면서, 의료계뿐만 아니라 시민사회까지 원격의료 찬반논쟁에 휘말리게 되었다.

이러한 논란이 잠시 잠잠해진 가운데, 또다시 논란을 불거지게 할 하급심 판결<sup>1)</sup>이 지난 8월 나왔다. 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’에 전화진찰이 포함되며, 이 경우 벌칙조항으로 처벌할 수 없다는 것이다. 2013년 대법원 판결에도 불구하고, 수사기관 입장에서는 대면진료 위반의 가벌성 문제가 여전히 진행형인 것으로 보인다. 이러한 논란은 2012년 헌법재판소 판결이 내려진지 불과 1년 만에 이와 상반되는 대법원 판결이 선고되었기 때문으로 판단된다.

이미 2013년 원격의료의 허용여부를 둘러싸고 의료계가 흥역을 치른 상황<sup>2)</sup>이므로, 의사의 ‘직접 진찰’ 내지 ‘대면진료’에 대한 논란은 명쾌하게 정리되어야만 한다. 의료법 제17조 제1항의 대면진료에 대한 명확한 해결 없이, 원격진료의 범위를 확대하는 것은 체계모순을 더욱 가중시킬 뿐이다. 더욱이 죄형법정주의의 유추해석금지원칙과 관련하여, 형법 제170조 제2항 소정의 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’의 해석<sup>3)</sup>에 대한 형법상 뜨겁고도 긴 논쟁<sup>4)</sup>이 또다시 재현될 수 있다는 점에서, ‘직접 진찰’ 내지

1) 서울 서부지법 2014.7.1, 2013노1180.

2) 대한의사협회는 원격의료 확대 등을 내용으로 한 정부의 방침에 반대하여 2013년 3월 10일 집단휴진을 실시하였고, 그 결과 공정거래위원회의 과징금 부과 및 검찰 고발이 있었다. 또한 같은 해 12월 15일 원격의료 확대 등 의료법 개정안 저지를 위한 전국 의사궐기대회 도중 대한의사협회 노환규 회장이 정부를 규탄하며 자해를 시도하기도 하였다.

3) 대판 1994.12.20, 94모32 전합.

4) 94모32 판결을 둘러싼 법해석 쟁점에 대한 문헌으로는 신동운/김영환/이상돈/김대휘/최봉철, 법률해석의 한계, 법문사, 2000이 대표적이다. 역사적 해석에 바탕을 둔 신동운 교수의 평석이 있는 후, 김영환 교수가 해석학적, 방법론적 분석으로 형법해석의 한계를 규명하고자 하였다. 그런데 이상돈 교수가 변증법적 사고와 특유의 의사소통 이론에 바탕을 둔 비판론을 제시하면서, 법률해석의 한계에 대한 정치하고도 심화된 논쟁이 이뤄졌다.

‘대면진찰’을 규정한 의료법 규정의 선명한 해석이 필요하며, 필요할 경우 입법적 개선 작업이 수반되어야 할 것이다.

이하에서는 이미 거동이 불편한 재진환자 등에 대해 보호자 등에게 처방전의 대리교부가 이뤄지는 의료계의 현실과, 의료법이 의료인의 자격을 면허로 요구하고 면허로 허가된 의료행위만을 허용하여 환자의 건강과 의료행위의 적절성이 엄격하게 유지될 수 있도록 규정하고 있는 의료법의 취지를 고려하되, 의료법 제17조 제1항의 해석을 법률해석의 한계, 특히 형벌규정의 해석의 한계라는 관점에서 논의를 진행하고자 한다. 이를 위해 먼저 ‘직접 진찰’에 대한 상반된 헌법재판소와 대법원 판결을 살펴보고, 이후 ‘직접 진찰’ 조항에 비대면진료가 포함되는지 여부를 ‘진찰’의 개념에 비추어 타당성을 검토한 후, 외국의 입법례를 바탕으로 현행 조문의 입법적 개선 방향에 대해 논의를 진행한다.

## II. ‘비대면 진찰’에 대한 判例의 입장

### 1. 헌법재판소의 판단 : 헌재결 2012.3.29, 2010헌마83

헌법재판소는 대법원의 ‘직접 진찰’ 조항의 판단에 앞서 정반대의 판시를 내린 바 있다. 산부인과 전문의인 피고인은, “2006. 1. 4.부터 2007. 5. 18.까지 총 672회에 걸쳐 자신의 병원에서 환자를 직접 진찰하지 아니하고 전화로 통화한 다음 처방전을 작성하여 환자가 위임하는 약사에게 교부하였다”는 범죄사실 등으로 약식명령이 고지되어 정식재판을 청구하였으나 벌금형이 선고되자 항소하였다. 항소심 계속 중 구 의료법 제89조, 제17조 제1항 본문 등에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자 다시 헌법소원심판을 청구한 사건에서, 헌법재판소는 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것) 제89조 중 제17조 제1항 본문의 ‘직접 진찰한’ 부분은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하지 않으며, 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

그 논거로는 첫째, ‘직접’이라는 문언의 의미로, 이 사건 법률조항은 직접 진찰을 하지 아니하고 진단서 등을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송한 자를 처벌하도록 함으로써, ‘직접 진찰한’이라는 다소 추상적인 내용을 가진 용어를 구성요건요소로 사용하고 있어 이에 대하여 다의적인 해석이 가능한지 여부에 따라 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부가 결정되는데, 사전적인 의미로 ‘직접’은 ‘중간에 제3자나 매개물이 없이 바로 연결되는 관계’ 또는 ‘중간에 아무것도 게재시키지 아니하고 바로’를 의미하는바, 이 사건 법률조항에서의 ‘직접 진찰한’은 ‘의료인과 환자 사이에 인적·물적 매개물이 없이 바로 연결되어 진찰한’ 즉, ‘대면하여 진료한’을 의미한다는 것이다.

둘째, 이 사건 법률규정은 의료법이 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되면서 종전의 ‘자신이 진찰한’을 ‘직접 진찰한’으로 대체하였는바, 진찰의 방법과 진단서 등의 발급주체를 동일한 조항에서 규정하는 것이 입법기술상 불가능하거나 내용상 서로 양립 불가능한 것이 아닌 이상, ‘직접 진찰한’이 진단서 등의 발급주체를 의미하는 것일 뿐, 진찰의 방법을 대면진료로 한정하는 것이 아니라고 한다면, 이는 종전의 ‘자신이 진찰한’이라는 문구만으로도 충분하고, 구태여 위와 같이 대체할 필요가 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 대면진료가 아닌 형태의 진료를 금지하는 것을 분명히 한 것이라고 봄이 상당하고, 또한 ‘직접 진찰한’은 ‘자신이 진찰한’을 전제로 하는 것이므로, 결국 이 사건 법률규정은 ‘대면진료 의무’와 ‘진단서 등의 발급주체’의 양자를 모두 규율하고 있다는 것이다.

셋째, 의료법 규정의 체계적 해석상 의료인은 환자나 보호자의 요청에 따라 진료하는 등 예외적인 경우가 아닌 한 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 하고(제33조 제1항), 일정한 시설과 장비를 갖춘 경우에 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 다른 의료인에 한하여 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할 수 있을 뿐이며(제34조 제1항), 원격의료를 하는 자도 환자를 직접 대면하여 진료하는 경우와 같은 책임을 진다고 규정하여(제34조 제3항), 직접 대면진료를 원격의료의 상대개념으로 하고 있다는 것이다. 또한 의료법 제17조 제2항 본문은 “의료업에 종사하

고 직접 조산한 의사·한의사 또는 조산사가 아니면 출생·사망 또는 사산 증명서를 내주지 못한다.”고 규정하고 있는바, 진찰의 경우는 대면진료 이외의 방법이 있을 수 있다 하더라도 조산의 경우는 대면조산 이외의 방법을 상정하기 어려움에도 불구하고, 위 규정에서 굳이 ‘직접 조산한’이라는 문구를 사용하고 있는 것에 견주어 보더라도, 이 사건 법률조항의 ‘직접 진찰한’은 ‘대면하여 진료한’으로 해석하지 않을 수 없다는 것이다.

넷째, 성실한 진료의무이행의 측면에서, 의료인은 국민보건의 향상을 이루고 국민의 건강한 생활을 확보하는 데 이바지할 사명을 지니고 있으므로(의료법 제2조 제2항), 진료의무를 이행함에 있어서는 신의성실의 원칙에 따라 최선의 노력을 다하여 환자를 치료하여야 하며, 이와 같은 의료법의 취지와 현재의 의료수준을 고려할 때, 의료인이 환자를 대면하지 아니하고 전화통화에 의한 문진 등 일부 방법만으로 병상 및 병명을 규명·판단하는 것은 진료의무를 성실히 이행한 것이라고 보기에 부족하고, 또 현재의 일반적인 의료수준이 대면진료를 하지 않고도 이와 동일한 정도의 진료를 할 수 있는 수준에 달하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항 중 ‘직접 진찰한’은 ‘대면하여 진료한’ 이외에 달리 해석될 여지가 없다는 것이다.

결국, 이 사건 법률조항은 그 내용이 불명확하여 수범자의 예측가능성을 해한다거나, 법 집행기관의 자의적인 해석을 가능하게 한다고 보기는 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다는 것이다.

이에 대해, 재판관 4인의 위헌 의견은 이 사건 법률조항은 ‘직접 진찰한’이라는 부분의 의미가 진단서 등의 ‘발급주체’만을 한정한 것인지, 아니면 ‘진찰행위의 방식’까지 한정한 것인지가 명확하지 않다. 구 의료법 제17조 제1항 단서에 비추어 보면, 법정의견과는 달리, 이 사건 법률조항은 진찰의 방식을 제한하고 있다기보다는 진단서 등의 발급주체만을 한정한 것으로 보는 것이 더 자연스러운 해석이고, 이 사건 법률조항으로 개정되기 전의 구 의료법 제18조 제1항 본문에 대한 대법원의 해석에 비추어 보더라도, ‘직접 진찰’이란 문구가 반드시 ‘대면 진찰’을 의미하는 것으로 볼 수도 없다. 나아가 법정의견과 같이 이 사건 법률조항의 진찰

방식을 ‘대면 진찰’로만 제한하여 해석하는 경우에도, 이 사건 법률조항이 ‘대면 진찰’ 이외의 모든 진찰을 전면적으로 금하는 것인지, 아니면 ‘대면 진찰에 준하는 정도의 진찰’은 허용되는 것인지 여부가 여전히 불명확하다. 의료기술의 발달로 원격진료를 하는 경우에도 진찰의 정확성이 보장될 경우가 있을 수 있고, 또한 질병의 종류나 상태에 따라서는 최초 대면 진찰 이후에는 특별한 사정변경이 없는 한 대면 없는 진찰을 통하여 2회 이후의 처방전을 발급할 수 있도록 허용하는 것이 더 적절하고 타당한 경우가 있기 때문이다. 결국 이 사건 법률조항은 진단서 등의 발급을 위한 진찰행위와 관련하여 어떠한 진찰행위가 금지되고 처벌되는지를 명확하게 규정하지 않음으로써 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위반된다는 의견을 제시하였다.

## 2. 대법원의 판단 : 대판 2013.4.11, 2010도1388

대법원은 이전에 1회 이상 자신의 병원을 방문하여 진료를 받고 ‘살 빼는 약’을 처방받은 환자와 전화 통화를 통하여 진료하는 등 직접 진찰하지 아니하고 그 명의로 처방전을 작성함으로써 의료법 제17조 제1항을 위반하였다는 혐의로 기소된 피고인에게, 의료법 개정 전 조항에서 ‘자신이 진찰한 의사’만이 처방전 등을 발급할 수 있다고 한 것은 그 문언의 표현으로 볼 때 의사라 하더라도 당해 환자를 스스로 진찰한 바가 없이 진료기록만을 보거나 진찰내용을 전해 듣기만 한 것과 같은 경우에는 그 환자에 대한 처방전 등을 발급해서는 안 된다는 것, 즉 처방전 등의 발급 주체를 제한한 규정이지 진찰방식의 한계나 범위를 규정한 것은 아님이 분명하다는 전제에서 개정 후 ‘직접 진찰한 의사’의 의미는 ‘자신이 진찰한 의사’와 동일하므로, 사안의 피고인은 ‘직접 진찰’한 것에 해당한다며 유죄부분을 파기환송하였다.

이러한 판단의 논거는 첫 번째, 의료법 개정 후<sup>5)</sup> 조항에서 규정한 ‘직접 진찰한 의사’의 의미 역시 개정 전 조항의 ‘자신이 진찰한 의사’와 동

---

5) 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제18조 제1항이 개정된 조항.



일한 것으로 보아야 한다는 것이다. 위 조항에서 사용된 ‘직접’의 문언적 의미는 중간에 제3자나 매개물이 없이 바로 연결되는 관계를 뜻하므로, 문언해석만으로 곧바로 ‘직접 진찰한 의사’에 전화 등으로 진찰한 의사가 포함되는지 여부를 판단하여 단정하기는 어렵다고 보이며, 따라서 가능한 문언의 의미 내에서 위 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석 방법이 필요하다. 그런데 위 개정 후 조항 단서에서는 “환자를 직접 진찰한 의사가 부득이한 사유로 진단서·검안서 또는 증명서를 내줄 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사가 환자의 진료기록부 등에 따라 내줄 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 단서의 반대해석상 위 ‘직접’ 진찰은 ‘자신이’ 진찰한 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 또한 위 개정 후 조항에 연이어 있는 제17조 제2항은 의료업에 종사하고 직접 조산한 의사 등이 아니면 출생·사망 또는 사산 증명서를 내주지 못한다고 규정하고 있고, 제17조 제3항은 의사 등은 자신이 진찰하거나 검안한 자에 대한 진단서·검안서 또는 증명서 교부를 요구받은 때에는 정당한 사유 없이 거부하지 못한다고 규정하고 있으며, 제17조 제4항은 의사 등은 자신이 조산한 것에 대한 출생·사망 또는 사산 증명서 교부를 요구받은 때에는 정당한 사유 없이 거부하지 못한다고 규정하고 있어, 같은 조의 다른 항에서는 ‘직접’의 의미를 ‘자신이’와 같은 의미로 사용하고 있다.

두 번째 위 개정 후 조항에서는 ‘직접 진찰’이라는 용어를 사용하고 있는데 반하여, 같은 의료법 제34조 제3항에서는 ‘직접 대면하여 진료’라는 용어를 사용하고 있어서 의료법 내에서도 ‘직접 진찰’과 ‘직접 대면진찰’을 구별하여 사용하고 있고, 의료법 제33조, 제34조 등에서 원격의료가 허용되는 범위에 관하여 별도의 규정을 두고 있으므로, 전화로 진찰하는 행위가 의료법상 허용되는 원격의료에 해당하는지는 위 조항에서 규율하는 것이 의료법의 체계에 더 부합한다고 볼 수 있다.

세 번째 의료법은 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있으므로(제1조), 그에 반하지 않는 한도 내에서 국민의 편

의를 도모하는 방향으로 제도를 운용하는 것을 금지할 이유가 없는 점, 국민건강보험제도의 운용을 통하여 제한된 범위 내에서만 비대면진료를 허용한다거나 보험수가를 조정하는 등으로 비대면진료의 남용을 방지할 수단도 존재하는 점, 첨단기술의 발전 등으로 현재 세계 각국은 원격의료의 범위를 확대하는 방향으로 바뀌어 가고 있다는 점도 고려할 필요가 있다는 것이다.

결국 개정 전후의 의료법 조항은 어느 것이나 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니며, 따라서 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 ‘자신이 진찰’하거나 ‘직접 진찰’을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다고 판단하였다.

유사한 사안에서 대법원은, 의사인 피고인이 전화를 이용하여 진찰한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구한 사건에 대해, “전화 진찰이 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에서 정한 ‘직접 진찰’에 해당한다고 하더라도” 당시 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’이 내원을 전제로 한 진찰만을 요양급여의 대상으로 하고 있었으므로, 기망행위로서 사기죄를 구성하고 진찰료 등을 편취한 것으로 판단하여 사기죄를 인정하였다.<sup>6)</sup> 즉 판시 내용상 전화진찰이 ‘직접 진찰’에 해당함을 직접적으로 인정<sup>7)</sup>하여 상반된 입장을 보이고 있다.

---

6) 대판 2013.4.26, 2011도10797.

7) 위 판결이 ‘직접 진찰에 해당한다고 하더라도’라는 가정적 형태를 취하여, 전화 진찰이 ‘직접 진찰’을 직접적으로 인정한 것은 아니라는 반론이 있을 수 있다. 그러나 동 판결에서 “전화 진찰이 구 의료법 제17조 제1항에서 정한 ‘직접 진찰’에 해당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 요양급여의 대상이 된다고 할 수 없는 이상”, “전화 진찰을 요양급여대상으로 되어 있던 내원 진찰인 것으로 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성한다”고 한 점에 비추어 보면, 대법원은 전화 진찰이 ‘직접 진찰’에 해당하지만, 요양급여 대상인 내원 진찰과는 구분되는 형태로 보았다고 해석하는 것이 타당하다.



### Ⅲ. 의료법상 ‘직접 진찰’에 비대면 진료를 포함하는 것이 타당한지 여부

#### 1. ‘직접 진찰’의 개념에 대한 기존의 해석

진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 것으로서 그 진단방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있다.<sup>8)</sup> 이러한 진찰은 진단이라고도 하는데,<sup>9)</sup> 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터 잡아 질병여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위<sup>10)</sup>로 정의되고 있다.

여기서 의료법이 규정하고 있는 ‘직접 진찰’의 의미에 대해, 본인이 직접 진찰한 경우로 진찰방식에 대해서는 특별히 언급하지 않고, 주체 측면에서 ‘본인이 직접 진찰’하지 않으면 원칙적으로 진단서 등을 교부할 수 없는 것으로 보는 견해<sup>11)</sup>가 있다. 또 다른 견해는 진찰을 대면진료와 비대면진료로 구분하고, 대면진료는 의료인이 의료기관 내에서 환자를 직접 대면하여 환자에 대하여 직접 문진·시진·타진·촉진·청진 등의 의료행위를 시행하는 것이며, 비대면진료는 의료인이 환자를 직접 대면하지 않고서 환자에 대한 의료행위를 하는 것으로 대표적으로 원격진료와 반복처방(repeat prescribing)이 포함된다는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이에 대해 진찰은 촉진, 청진, 문진, 시진, 망진 등 여러 가지 방법에 의하여 이루어 질 수 있으며, 진찰이 어떠한 방법으로 이루어졌든지 간에 진단서에 기재할만한 중요사항에 관하여 정확하게

8) 대판 1993.8.27, 93도153.

9) 장연화/백경희, “의사의 대면진료의무와 의료법 제17조 제1항의 해석에 대한 소고”, 이화여자대학교 법학논집 제17권 제4호, 2013.6., 315쪽.

10) 대판 1995.4.14, 94다29218.

11) 대한의사협회, 의료법원론(개정판), 법문사, 2008, 76쪽.

12) 장연화/백경희, 앞의 논문, 317쪽. 유사한 취지로는 김병일, “유비쿼터스 시대를 위한 의료법의 개정방안 : 원격의료를 중심으로”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007.12., 57쪽 이하.

진단하였을 정도의 진찰을 의미하는 것이므로, 단순히 전화상으로 환자를 진찰한 것만으로는 진단서를 작성해도 좋을 정도의 진찰을 하였다고 보기 어렵다는 견해<sup>13)</sup>도 있다.

한편 보건복지부는 유권해석을 통해, 2007년 이전의 경우 “의료법 제18조 제1항에서 의료업에 종사하고 자신이 진찰 또는 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못하도록 규정하고 있음. 따라서 의사가 환자를 직접 진찰하지 않고 기존 서면자료만을 가지고 진단서를 작성하거나 처방전 발행 등의 의료행위를 하는 것은 상기 규정에 위반됨”이라며 엄격한 해석<sup>14)</sup>을 하다가, 2006년 보건복지부장관과의 민원원탁회의에서 거동불편 등 재진환자에 대해서는 보호자가 처방전을 대리수령할 수 있도록 해달라는 제도개선요청을 적극 수용하여 “환자가 의료기관에서 의사로부터 최초 진찰을 받고서 만성질환 등으로 동일 상병치료를 위해 반복적인 의약품 투약이 필요로 함에도 불구하고 만성질환자·노약자·영아·거동불편자·도서산간벽지인·기타 특수한 사유로 인하여 환자가 직접 의료기관을 내원하지 못해 보호자가 내원할 경우 처방전 교부가 가능할 것으로 사료됩니다. 다만, 재진환자라 할지라도 동일 상병이 아닌 다른 상병으로 처방할 경우에는 의사의 직접 진찰에 의한 처방전이 교부되어야 합니다.”로 유권해석을 변경<sup>15)</sup>하였다.

생각건대 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’의 개념은 의료계의 의료현실도 반영을 하여야 하나, 본질적으로는 법률해석의 한계를 결정짓는 문제라는 점에서 출발하여야 한다. ‘직접 진찰’에 ‘전화진찰’이 포함되는지도 결국 ‘직접 진찰’의 문언의 의미가 불명확한가, 금지되는 유추적용인가 여부에 달려있다고 하겠다. 그리고 그 판단의 기저에는 보호법익, 현행 조문의 입법 경위, 문언의 의미, 의료법 내 다른 조항들과의 체계정합성 등이 종합적으로 고려되어야 한다.

---

13) 최재천/박영호/홍영균, 의료형법, 육법사, 2003, 168쪽. 이 견해는 정확히 처방전에 대해 언급한 것은 아니나, ‘진단서 등 작성·교부의무와 책임’ 부분에서 이러한 내용을 기술하고 있는 점에 비취볼 때, 진단서에 대한 견해가 처방전에 대해서도 동일하게 적용될 것으로 보인다.

14) 2003.3.21. 보건복지부 의료정책과 인터넷민원회신.

15) 2007.2.5, 보건복지부 의료자원팀-869호.

## 2. ‘직접 진찰’에 비대면 진료가 포함되는지 여부

### (1) 금지되는 유추적용인지 여부

대법원은 유추적용금지원칙과 관련하여, 94모32 전원합의체 판결 이래 유추해석과 확장해석<sup>16)</sup>은 모두 금지되며, 그 한계는 ‘법규정 또는 언어의 의미’로 이해하고 있다. 이러한 입장은 유추해석은 금지되나 확장해석은 허용되며 그 기준은 ‘언어의 가능한 의미’로 이해하고 있는 학설의 대체적인 입장<sup>17)</sup>과 대비된다. 또한 형법 제170조 제2항과 같은立法상의 缺陷을 법관의 해석으로써 해결가능한가에 대해서, 다수의견은 방화죄 관련조문의 전체적, 종합적 해석을 통해 형사처벌의 목적을 달성할 수 있다고 보았으나, 소수의견은 우리말의 통상의 어의 한계를 넘어서는 해석은 죄형법정주의의 정신을 훼손할 염려가 큰 것으로 법률개정에 의해 해결하여야 한다고 판시함으로써 상반되는 입장을 보였다. 대법원은 이러한 관점에서 전화진찰 등에 대해서도 유추해석금지의 원칙상 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 ‘자신이 진찰’하거나 ‘직접 진찰’을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다고 판단하였다.

유추적용금지원칙은 명확성의 원칙이 법관의 법해석에 의해 침해되는 것을 방지하는 역할을 한다. 따라서 문제되는 사안에 대해서 명문의 규정이 없음에도 유사한 내용을 규정한 법률을 자의적으로 적용할 때 문제가 된다. 법률의 내용이 문언상 명확하지 않아 꼭 맞지 않는 비슷한 사례에 그 형벌법규를 적용시키는 때 유추적용금지원칙이 작동되는 것이다. 즉 명확하지 않은 법률 규정이 유추적용금지에 대해 문호를 개방하게 된다.<sup>18)</sup>

그런데 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’에서 ‘직접’의 사전적 의미는 ‘중간에 제3자나 매개물이 없이 바로 연결되는 관계’ 또는 ‘중간에 아무 것도 게재시키지 아니하고 바로’를 의미하는 바, ‘직접 진찰한’은 ‘의료인

16) 이러한 대법원의 입장에 동조하는 견해로는 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, 28쪽.

17) 대부분은 이러한 입장을 취하나, ‘이 기준도 사실상 문제를 문제로 답하는 결과밖에 되지 않는다’며 명시적으로 반대의 입장을 표명하는 견해로는 배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013, 102쪽이 있다. 이 견해는 Sax(*Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953, S. 81ff)의 견해와 동일한 범주로 보인다.

18) 배종대, 앞의 책, 100쪽.

과 환자 사이에 인적·물적 매개물이 없이 바로 연결되어 진찰한' 즉, '대면하여 진료한'을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 대법원은 문언해석만으로 곧바로 '직접 진찰한 의사'에 '전화 진찰한 의사'가 포함되는지 여부를 판단하여 단정하기는 어려우며, 그 문언의 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법이 필요하다고 판단하였으나, 그 반대의 입장에 선 헌법재판소의 해석이 오히려 타당하다고 하겠다.

왜냐하면 법률 문언의 의미상 '직접 진찰'이 불명확한 것은 아니다. 전술한대로 진찰 내지 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터 잡아 질병여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위로 정의되고 있다. 이러한 진찰의 개념을 토대로 '직접 진찰'이라는 문언의 의미를 판단해보면, 단순히 전화상으로 문진하는 것만으로는 질병의 성질 및 진행정도 등을 판단하고 치료법을 선택하는 의료행위로 적합하다고 볼 수 없기 때문에, '직접 진찰'이란 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사를 실시할 수 있도록 '대면하여 진찰'하는 것으로 해석하여야 한다. 의료인과 환자 사이에 인적·물적 매개물이 없이 바로 진찰을 하는 것이 '직접 진찰'의 문언의 가능한 의미 내의 타당한 해석이다. 형벌법규에 쓰이는 모든 문언은 수치를 제외하고는 정도의 차이가 있을 뿐 다의적이어서<sup>19)</sup> 명확할 수 없으며, 향후 발생할 구성요건적 상황을 입법자가 모두 구성요건으로 포섭시키는 것은 입법기술상 불가능하다. 결국 법관은 법규의 문언이 가지는 의미의 상한과 하한 사이에서 구체적 사안 해결을 위한 타당한 의미를 확정하여야 한다. 그런데 의료법 제17조 제1항의 '직접 진찰'에서 전화진찰을 제외한다고 하여 법발견을 하는 법관이 이러한 문언의 가능한 의미의 한계를 벗어나, 해석에 의한 법형성이나 법창조에 이르렀다고 볼 수는 없다. 전화진찰은 의사의 진료공간을 벗어나 진찰에 있어 물적 매개가 개입되어 진료를 한 것으로, '직접 대면진료'에 포섭될 수 없는 비난가능한 금지위반이기 때문이다. 문언의 가능한 의미를 넘는 해석이 금지되는 것은 국가형벌권의 발동에 있어 국가의 자기구

19) Roxin, *Strafrecht AT Bd. I*, 4. Aufl. 2006, S. 149.

속의 원칙과 국민의 법률에 대한 예측가능성을 보장할 수 없기 때문인데, ‘직접 진찰’을 위와 같이 해석하는 것은 의료계에 종사하는 평균적인 의료인이라면 충분히 예상할 수 있다. 즉 법률의 규율범위 내에서의 법관의 법발견활동으로 해석의 범주 내에<sup>20)</sup> 있는 것이다. 그렇다면 법률의 내용이 문언상 명확하지 않아 유사한 사례에 그 형벌법규를 유추적용하는 영역 외의 문제로, 유추적용금지원칙은 작동되지 않는다.

설사 대법원의 판단대로 체계적 해석이 필요하다고 하더라도 의료법 제17조 제1항의 나머지 부분, 제2항, 제33조 제3항과의 관계에서 ‘직접’은 ‘자신’이라는 의미가 아니라 ‘다른 매개수단 없이 환자와 대면하여’를 의미하는 것으로 볼 수 있다.

## (2) 법익보호의 대상

의료법의 목적은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 있다(의료법 제1조). 의료법의 벌칙 조항을 통해 달성하고자 하는 것은 결국 국민의 건강 보호와 증진이라고 할 수 있다. 그렇다면 ‘직접 진찰’에 진료실 내에서 환자와 대면하여 진료를 하는 이외의 ‘전화진찰’ 등의 진료행위를 포함하는 것은 만성질환자 내지 거동불편자의 편의 및 의료접근성 제고에 있다고 볼 수 있으며, 대법원도 의료법의 목적에 반하지 않는 한도 내에서 국민의 편의를 도모하는 방향으로 제도를 운용하는 것을 금지할 이유가 없다고 한다.<sup>21)</sup>

그러나 의료법이 의료인의 자격을 엄격히 규정하고, 면허를 받은 의료인의 경우에도 의료기관 내에서 허용되는 행위를 제한함으로써 달성하려고 하는 바는 의료행위의 고도의 전문성, 진료결과의 불확실성, 높은 생리적 예측불가능성 때문에 위협받을 수 있는 진료의 신뢰성을 확보하여 국민의 건강권이 침해받지 않도록 함에 있다. 그렇다면 ‘전화진찰’의 경우, 투약의 필요성, 질병의 상태, 약물의 변화, 응급상황 발생의 가능성

20) Roxin, a. a. O., S. 150.

21) 대판 2013.4.11, 2010도1388.



등을 오로지 환자가 유무선으로 전달하는 정보에 의존하므로 진료의 신뢰성을 담보할 수 없다. 환자의 편의증대와 환자의 생명·건강이 충돌할 경우 후자가 우선되어야 한다. 의료행위는 기본적으로 侵襲性을 지니고 있으며, 적절한 시간 안에 요구되는 처치를 하여야 하는 斷行性과, 일정 정도의 추정적·잠정적 판단하에 진료를 실시하고 치료방법에 변화를 주어야 하는 動態性, 豫測不可能性을 지니고 있기 때문에 환자의 편의와 의료접근성에 생명과 건강을 양보할 수 없다. 그렇다면 법익보호의 관점에서 ‘전화진찰’을 환자를 대면하여 질병과 용태를 파악하는 ‘직접 진찰’에 포함시켜야 할 필요성이 도출되지 않는다.

결국 현실적 필요가 있고 의료법의 취지에 반하지 않는 비대면진료를 허용하기 위해서는 대면진료의 예외를 엄격한 요건 하에 의료법에 규정하여 법적 근거를 마련하여야만 한다.

### (3) 직접 진찰과 직접 대면진찰 및 원격진료의 관계

의료법은 제33조 제1항에서 의료기관의 개설 등에 대해 규정하면서, 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다고 규정하면서, 그 예외로 제2호에서 ‘환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우’를 규정하고 있다. 그리고 제34조에서 원격의료의 개념을 정의하면서 제1항에서 “의료인은 제33조 제1항에도 불구하고 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할 수 있다”고 규정하면서, 제2항에서 원격의료를 행하거나 받으려는 자는 보건복지부령으로 정하는 시설과 장비를 갖추어야 한다는 점을 명시하고, 제3항에서 원격의료를 하는 자, 즉 원격지의사는 환자를 직접 대면하여 진료하는 경우와 같은 책임을 진다고 규정하고 있다.

여기서 대법원처럼 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’과 원격의료에서 규정하고 있는 제33조 제3항의 ‘직접 대면진찰’이 구분되는 것이며, 전화 진찰은 위 조항에서 규율하고 있는 원격진료로 보는 논리구성이 一見 가능할 수도 있다. 그러나 이는 원격진료의 정확한 개념에 기반하지 않고, 그 중



대성과 파급효과를 고려하지 않은 해석이다. 현행 의료법은 예외적으로 원격지에 있는 환자에 대한 원격의료를 인정하면서 그 요건을 행위주체, 의료시설, 행위기준으로 엄격하게 규정하고 있다. 즉 원격의료의 개념을 ‘의료인이 의료인에게’, ‘원격의료시설을 갖춘 경우’에 ‘의료지식이나 기술을 지원’하는 형태만으로 한정하고 있는 것이다. 이러한 관점에서 원격지에도 의료인이 진료를 행하여야 하며, 원격의료를 위해서는 원격진료실과 데이터 및 화상(畫像)을 전송·수신할 수 있는 단말기, 서버, 정보통신망 등의 장비를 갖추고, 그 원격의료의 결과 발생하는 의료과오의 책임이 의료지식이나 기술을 지원한 원격지의사와 환자를 대면진료한 현지의사 모두에게 인정하고 있는 것이다.

방대한 국토를 가진 국가의 지리적 여건으로 격오지의 환자, 군인이나 수용자, 재난지역의 환자 등의 건강권을 보호하기 위해 미국에서 최초로 고안<sup>22)</sup>된 원격진료의 개념은 상호작용하는 음성(audio), 동화상(video) 및 데이터 통신 기술을 이용하여 의료의 제공, 진단, 자문, 치료, 의료정보의 전달·교육 등의 의료서비스를 행하는 것으로 정의되고 있으며,<sup>23)</sup> 세계의 사회가 채택한 ‘원격의료에 대한 책임, 의무 및 윤리지침에 대한 성명’에서도 ‘원격의료란 원격통신체계를 통해 원거리에서 전달된 임상자료, 기록, 기타 정보를 토대로 질병에 대한 중재, 진단 및 치료를 결정하는 의료행위라고 선언하였다.<sup>24)</sup> 그런데 이러한 개념정의와 달리, 현행 의료법은 전술하였듯이 ‘일정한 원격의료 시설기준을 갖춘 경우’, ‘의료인이 의료인에게’, ‘의료지식이나 기술을 지원’하는 원격자문 형태<sup>25)</sup>만을 상정하

22) 이우정/홍승욱/박정화/정영철, “의료법상의 원격의료에 대한 법적 쟁점”, 한국의료법학회지 제11권 제1호, 2003.6., 51쪽 이하. 상세한 연혁적 고찰로는 윤종태, “원격의료의 현황과 법적 문제”, 의료법학 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.12., 126쪽 이하 참조.

23) 유태우, “원격진료시대의 도래”, 대한의사협회지 제40권 제12호, 1997.12., 1687쪽.

24) WMA Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Guidelines in the Practice of Telemedicine(Adopted by the 51st World Medical Assembly Tel Aviv, Israel, October 1999 and rescinded at the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, 2006)(세계의사회 <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/a7/> 2014.10.15. 방문).

25) 원격진료의 개념 및 형태에 대해서는 의료인 중심의 분류, 의학전문과목에 따른 분류, 의료서비스 대상별 분류, 임상활용에의 포함여부에 따른 분류, 행위대상을 중심으로 한 분류 등 매우 다양하게 논의가 진행되어 왔다(상세한 논의는 정용엽, 원격의료법, 한국학술정보, 2008, 62면 이하 참조). 생각건대, 원격의료가 도입되고 활성화

여 매우 제한적으로 원격진료를 인정하고 있다.<sup>26)</sup> 다만 2013년 10월경에 이르러서야 보건복지부가 이러한 제한적인 원격의료의 개념에서 ‘의료인과 환자 사이’의 일정 질환에 대한 ‘진단과 처방’을 허용하는 방향으로 개정안을 입법예고하였다.<sup>27)</sup>

이 점에서 현지 의료인의 개입 없이 환자의 답변에만 의존하는 상태에서 진찰이 이루어지는 단순한 전화진찰은 최소한의 시설과 장비를 요구하고 원격지 의료인에 의해 환자의 상태를 확인하는 원격의료의 개념에 포함되는 진찰행위라고 보기 어렵다. 의료법 제34조 제3항에서 규정하고 있는 ‘직접 대면하여 진료’라는 조문의 의미는 원격지 의사의 책임을 명시하기 위하여 현지의사의 대면진료를 비교개념으로 설명하는 차원이지만 ‘직접 진찰’ ≠ ‘직접 대면진찰’을 규정한 것이 아니다. 결국 전화진찰 등을 의료법 제34조의 원격진료에서 논할 문제라고 판단한 대법원의 판시는 원격진료의 개념을 제대로 이해하지 못한 중대한 오류가 있다고 하겠다. 오히려 2010도1388 판결에서 문제된 사실관계인 ‘전화진찰’은 원격진료가 아니라 고혈압, 당뇨 또는 심장질환자와 같은 특정 질환을 가진 환

---

화된 미국 및 국제적 표준과 현행 의료법의 본질적 차이가 간과되어서는 안 된다. 이 점에서 현행 의료법을 고려한 원격의료의 형태는 원격의료의 주체 - 현지의료의 주체 - 원격의료의 내용을 기준으로 분류하여야 하며, 제1유형은 원격지의 의사가 현지의사에게 자문하는 최협의의 형태이며, 제2유형은 원격지의 의사가 현지의 의사가 아닌 의료인(간호사 등)에게 자문하는 형태, 제3유형은 원격지의 의사가 현지의 의사가 아닌 환자에게 자문하는 형태, 제4유형은 원격지의 의사가 현지의사를 통해 자문을 넘어서는 진단 및 처방, 검진, 수술 등의 의료행위를 하는 형태, 제5유형은 원격지의 의사가 의사가 아닌 현지 의료인을 통해 자문을 넘어서는 진단 및 처방, 검진, 수술 등의 의료행위를 하는 형태, 제6유형은 원격지의 의사가 직접 환자를 통해 자문을 넘어서는 진단 및 처방, 검진 등의 의료행위를 하는 형태로 분류할 수 있을 것이다. 현행 의료법은 제1유형만을 원격의료로 한정하는 입장이다.

26) 이러한 관점은 2002년 3월 의료법 개정으로 원격의료 조항을 신설한 이후 동일하게 유지되고 있다.

27) 물론 2009.7.29. 개정안에도 제34조에 제1항에 “의료인은 자신이 근무하는 의료기관 이외의 장소에 있는 환자를 대상으로 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 진찰·처방 등 의료행위를 할 수 있다(이하 “원격의료”라 한다).”고 규정하고, 제2항에서 “제1항에 따라 원격医료를 받을 수 있는 자는 원격지의사가 의학적으로 위험성이 없다고 판단한 재진환자 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 세부적인 기준은 대통령령으로 정한다.”고 하여 재진환자에 대한 원격지의사의 진단 및 처방을 명시적으로 개정안으로 제시한 바 있다.

자들이 약을 먹기 시작하는 경우 죽을 때까지 비슷한 약을 먹어야 하고 이를 위해 의사가 특정한 처방을 반복하는 것을 의미하는 반복처방(repeat prescribing)<sup>28)</sup>과 유사한 형태로 이해함이 타당하다. 이러한 반복처방은 대표적인 비대면진료로 우리 의료계도 관행적으로 인정해 왔는데, 국민건강보험법 제45조에 의거한 보건복지부 고시 ‘건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수’에 규정하고 있는 “환자가 직접 내원하지 아니하고 환자 가족이 내원하여 진료담당의사와 상담한 후 약제 또는 처방전만을 수령 또는 발급하는 경우”를 근거로, 의료기관에서는 재진환자 등에 대해 비대면진찰을 실시하고 있다.

원격의료가 활성화되어 원격진단 및 처방이 허용되는 일부 국가와 달리, 현행 의료법은 원격의료의 허용범위 내에 원격진단과 처방을 포함하고 있지 않으므로, 대법원이 현지의사의 매개 없는 단순한 전화진찰을 원격의료로 오해한 것은 심각한 오류이다. 아마도 대법원은 전화진찰을 원격의료의 범주에 포함시킴으로써 제17조 제1항의 대면진료의무 위반 여부 판단을 우회하는 것을 목표로 한 것으로 보이나, 이는 대면진료, 비대면진료, 원격의료의 상호 포섭관계를 잘못 파악한 것이다. 물론 예외적으로 허용되는 반복처방이라고 하더라도 사안처럼 ‘살 빼는 약’의 처방이 반복처방에 해당되는 특정 질환인지는 다시 면밀히 검토되어야만 하며, 의료법상 진료행위의 원칙적 유형인 대면진료를 벗어나는 비대면진료는 근본적으로 명확한 예외 허용의 근거 위에서 실시되어야 한다.

#### (4) ‘직접 진찰’의 해석방법

‘직접 진찰’이라는 문언에 구속되어야만 하는가? 아니면 문언이 불명확하여 의료법 조문 전체의 체계를 고려하여야 하는가? 이는 어떠한 법률해석이 허용될 수 있는가의 문제로 문리적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석, 체계적 해석의 어느 한 방법만을 따라야만 하는가<sup>29)</sup>의 문제라고 할

28) 백경희/장연화, 앞의 논문, 457쪽 이하.

29) 법해석방법론에 있어 전통적인 입장인 Savigny나 Larenz(Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 207)는 각각의 해석기준이 순위를 가지지 않는다고 본 반면, Koch/Rüßmann은 국가이론적 고려에서 문리적 해석, 역사적 해석, 주관적 목적

수 있다. 법률해석은 종합적으로 가능하며, 어느 하나가 다른 해석법과 양립 불가능한 것이 아니라면 종합적인 적용이 가능하다고 하겠다. 형벌 법규의 확대에 의해 국민의 자유를 제한하지 않는 목표 아래 전술한 문리적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석, 체계적 해석방법의 결합이 모두 가능하다.<sup>30)</sup> 대법원은 이에 대해 명확하지는 않지만, 문언이 가지는 가능한 의미의 범위 안에서 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려하여 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적 해석을 하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나지 않는다고 판시하고 있다.<sup>31)</sup>

의료법 제17조 제1항이 발급주체의 제한을 넘어 진찰방식의 제한을 의미하는가의 문제도 먼저 의료법의 개정 과정과 연계하여 살펴볼 필요가 있다. 의료법인 전신으로 1951.9.25. 제정된 국민의료법(법률 제221호)은 제24조에서 “의료업자는 자신이 진찰 또는 검안하지 아니하고 진단서 혹은 처방전을 교부하거나 또는 검안서 혹은 증명서를 교부하지 못한다.”고 규정하여 현행 ‘직접 진찰’ 조항의 원류를 규정하였는데, 이후 수차례의 개정<sup>32)</sup> 을 거치다가 2007.4.11. 전부개정된 의료법 제17조 제1항에서 ‘자

---

론적 해석의 순이 된다고 보았다(Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S.182).

30) 이 점에서 문리해석을 출발점으로 하고 목적론적 해석을 해석활동의 귀착점으로 삼으면서, 역사적 해석과 체계적 해석을 동시에 고려해야 한다는 Jescheck의 견해는 경청할 만하다(Jescheck, *Lehrbuch AT*, 3. Aufl., S. 123).

31) 대판 2013.4.11, 2010도1388.

32) 1951.9.25. 국민의료법(법률 제221호)은 우리나라가 선진국으로부터 보전에 관한 많은 기술적·경제적 원조를 받고 있는 실정이고 특히 전쟁으로 인한 의료시설의 복구와 전재동포에 대한 의료대책이 시급하므로 국민의료전반에 관한 법률을 새로이 제정하려는 의도에서 제정되었으며, 동법 제24조에서 “의료업자는 자신이 진찰 또는 검안하지 아니하고 진단서 혹은 처방전을 교부하거나 또는 검안서 혹은 증명서를 교부하지 못한다.”고 규정하여 현행 ‘직접 진찰’ 조항의 원류가 되었다. 이후 1962.3.20. 법률의 제명을 의료법으로 바꾸며 전부개정된 의료법(법률 제1035호)은 제31조 제1항에서 무진찰진단서등의 교부금지 제하에 “의료, 치과의료 또는 한방의료에 종사하는 의사, 치과의사 또는 한의사는 자신이 진찰 또는 검안하지 아니하고는 진단서, 검안서 또는 증명서를 교부하지 못한다.”고 규정하여 ‘무진찰’ 진료행위의 개념을 규정하면서 처방전을 삭제하고 증명서로 통일하였다. 이후 1999.9.7. 의사 및 치과의사의 처방전 교부의무를 명시 등을 이유로 일부개정된 의료법(법률 제6020호) 제18조의2 제1항은 처방전의 작성 및 교부라는 제하에 “의사 또는 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하는 때에는 약사법에 의하여 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우를 제외하고는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 처방전을 작

신이 진찰’을 ‘직접 진찰’로 대체하였다. 그리고 그 개정이유는 “법적 간결성·합축성과 조화를 이루는 범위에서 법 문장의 표기를 한글화하고 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰며 복잡한 문장은 체계를 정리하여 쉽고 간결하게 다듬으려는 것임”이라고만 적시하였다. 이에 대해 헌법재판소는 진찰의 방법과 진단서 등의 발급주체를 동일한 조항에서 규정하는 것이 입법기술상 불가능하거나 내용상 양립 불가능한 것이 아니므로, 대면진료가 아닌 형태의 진료를 금지하는 것을 분명히 한 것이라고 봄이 상당하고, 또한 ‘직접 진찰한’은 ‘자신이 진찰한’을 전제로 하는 것이므로, 결국 이 법률규정은 ‘대면진료 의무’와 ‘진단서 등의 발급주체’의 양자를 모두 규율하는 것으로 보고 있다. 그러나 대법원은 정반대의 관점을 취하였다. 우리나라의 경우, 법률 제·개정의 과정에서 입법자의 의사를 추단하여 역사적 해석을 행하기는 쉽지 않다. 대부분의 법률 개정 과정에서 충분한 입법이유를 적시하고 있지 않다. 의료법의 개정과정도 이러한 문제점을 비껴가지 못했다. 그 결과 역사적 해석만으로 ‘직접 진찰’의 의미를 규명하기란 쉽지 않다.

그렇다면 체계적 해석의 방법으로 의료법 제17조 제1항과 제2항 본문

---

성하여 환자에게 교부하여야 한다.”는 조문을 신설하였다. 이후 양질의 의료서비스에 대한 국민들의 요구가 높아짐에 따라 전자처방전의 발부 및 원격의료서비스의 제공을 허용하는 내용을 골자로 하는, 2002.3.30. 일부개정 의료법(법률 제6686호)은 제18조 제1항에서 진단서등이라는 제하에 “의료업에 종사하고 자신이 진찰 또는 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사 또는 치과의사가 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서의 형태로 작성한 처방전(이하 "전자처방전"이라 한다)을 포함한다]을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.”고 하여 처방전을 다시 명문으로 규정하였다. 그 후, 법적 간결성·합축성과 조화를 이루는 범위에서 법 문장의 표기를 한글화하고 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰며 복잡한 문장은 체계를 정리하여 쉽고 간결하게 다듬으려는 의도가 포함된 2007.4.11. 전부개정 의료법(법률 제8366호)은 제17조 제1항에서 “의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사[이하 이 항에서는 검안서에 한하여 검시(檢屍)업무를 담당하는 국가기관에 종사하는 의사를 포함한다], 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 "전자처방전"이라 한다)을 포함한다]을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 검시(檢屍)를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.”고 개정하여 ‘자신이 진찰’을 ‘직접 진찰’로 변경하였다.



을 살펴볼 수 있으며, 제1항의 경우 “의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 검시(檢屍)를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.”고 규정하고 있으며, 제2항은 “의료업에 종사하고 직접 조산한 의사·한의사 또는 조산사가 아니면 출생·사망 또는 사산 증명서를 내주지 못한다.”고 규정하고 있다. 여기서 ‘진찰’과 ‘검안’, ‘조산’이라는 의료인의 행위는 모두 ‘직접’이라는 제한을 받게 되며, 이때 환자 등과의 대면 진찰, 검안, 조산 외에 비대면 검안, 조산은 상정할 수가 없다. 제17조 제1항 내, 그리고 제2항과의 체계적 해석의 결과 ‘직접 진찰’은 대면진찰을 의미한다고 보아야 한다.<sup>33)</sup> 제2항과의 균형상 1항의 ‘직접’을 이와 달리 해석하는 것은 곤란하다. 즉 제17조 제1항은 발급주체와 진찰방식을 모두 규정한 것으로 볼 수 있다. 의료법 조항은 어느 것이나 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니라는 대법원의 해석은 타당하지 않다. 이러한 해석은 의료법 제33조, 제17조, 제34조 등 의료법 규정 상호간의 체계에 대한 沒理解이기 때문이다. 의료법은 원격의료도 엄격한 요건하에서 매우 제한적으로 인정하고 있는데, 원격의료보다 의료행위의 정확성과 예측가능성이 담보되지 않는 전화진찰을 ‘직접 진찰’로 인정하는 것은 의료법의 취지를 훼손하는 것이다.

그 결과 전화진찰을 직접 진찰에 추가하는 것은 해석을 넘어선 입법에 해당한다. ‘직접 진찰’이라는 문언에서 ‘직접’만을 분리해서 볼 것이 아니라 의료법상 ‘진찰’의 개념과 유기적으로 연관지어서 판단해야 하는데, 진찰방식은 허용된 예외로서 원격의료의 형태가 아닌 이상 환자의 용태와 질병의 경과를 임상의학적으로 밝혀낼 수 있는 ‘대면진찰’을 전제로 한다.<sup>34)</sup> 의료법상 의사의 ‘직접 진찰’을 규정한 것은 충분한 진찰을 의료

33) 논리적 구성은 다르나, 결론적으로 유사한 견해로는 백경희/장연화, “대면진료와 원격의료의 관계에 관한 법적 고찰”, 서울法學 제21권 제3호, 2014.2., 467쪽.

34) 의료윤리적으로도 “환자를 직접 대면하고 진료하는 것은 의사가 환자의 질병을 진단



인에게 요구하는 것이 아니라, 가장 기본적인 직업윤리로서 직접 대면진찰이라는 ‘최소한의 기준’을 규정한 것으로 보아야 한다. 이 점에서 의료법 제2조 제2항의 ‘의료인은 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다’는 규정을 근거로 ‘성실한’ 진료의무에 위반된다는 헌법재판소의 입장은 타당하다고 볼 수 없다. 나아가 의료법 제17조 제1항이 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니라고 한 대법원의 판단도 적절하지 않다. 의료법 제2조 제2항의 규정은 선언적 의미로 그 위반이 벌칙조항의 대상이 될 수 없으며, 전화진찰은 ‘대면상태의 불충분한 진찰’이 아니라 비대면상태로 ‘직접 진찰’이 아니기 때문이다. 이러한 맥락에서 ‘대면 진찰에 준하는 정도의 진찰’의 허용 여부는 불명확하여 명확성 원칙에 반한다는 헌법재판소의 위헌의견<sup>35)</sup>도 타당하다고 할 수 없다. 대면 진찰에 준하는 정도의 진찰은 매우 모호한 개념으로 어떠한 수준까지 인정할 것인지 한계 설정이 곤란하며, 대면진찰 이외에 대면 진찰에 준하는 정도의 진찰은 원격의료에 관한 제34조의 규정에 의해 허용되는 경우가 아니면 금지되는 진료행위이기 때문이다.

---

하고 치료하는 가장 기본적인 직업윤리”라고 한다(한국의료윤리학회, 의료윤리, 군자출판사, 2011, 272면).

35) 위헌의견은 원격진료 등에서 보는 바와 같이 의학기술의 발달로 기술적 장비를 동원하여 대면 진찰에서와 같은 진찰의 정확성이 보장되는 경우, 또한 질병의 종류나 상태에 따라서는 최초의 대면 진찰 이후에는 특별한 사정변경이 없는 한 의사가 환자를 대면하지 않은 진찰을 통하여 2회 이후의 처방전을 발급할 수 있도록 허용하는 것이 더 적절하고 타당한 경우라고 하나, 원격진료는 대면진료의 예외로서 엄격한 요건 하에 허용되는 것이며, 환자의 활력징후(vital sign)를 직접 확인할 수 있는 직접 대면진료보다 더 적절하고 타당한 경우는 없다고 하겠다.

## IV. 의료법 개정의 필요 - 입법적 개선

### 1. 외국의 경우

일본의 경우, 의사법에 의해 “의사는 스스로 진찰하여 치료하지 않고 진단서나 처방전을 교부하거나, 스스로 출산에 입회하지 않고 출생 증명서 또는 사산 증서를 교부하거나 스스로 검안을 하지 않고 검안서를 교부해서는 안 된다. 단, 진료 환자가 진찰 후 24시간 이내에 사망한 경우에 교부하는 사망 진단서에 대해서는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.<sup>36)</sup> 다만 원격의료의 개념을 영상을 포함한 환자정보의 전송에 기초해서 원격지로부터 진단, 지시 등의 의료행위 및 의료에 관한 행위를 하는 것으로 정의하고,<sup>37)</sup> 1997년 12월 후생노동성 통지<sup>38)</sup>를 통해 “대면진료를 대체할 수 있는 정도로 환자의 심신상황에 대한 유용한 정보를 얻어 실시하는 원격진료는 의사법 제20조를 위반한 것이 아니다”고 유권해석하여 원격의료의 지방의 의사부족 문제를 완화할 수 있는 수단으로 활용되고 있다. 이에 대해 하급심 법원은 보험의 등록취소 행정처분취소청구사건에서 의사가 치료 당일에 진찰실 안에서 직접 진찰을 하지 않고, 종전 재진환자에 대해 종전의 진찰 결과, 환자의 요망, 간호사의 보고 등에 따라 환자에 대한 물리치료를 실시한 경우, 무진찰 치료에는 해당된다고 판시한 바 있다.<sup>39)</sup> 이러한 일본의 입법상황 및 소관기관의 유권해석은 우리나라의 상황과 유사하다고 할 수 있다.

독일의 경우, 독일연방의료규정(Bundesärzteordnung)이 존재하나, 단지 제2조에서 의료행위는 의사 면허를 가진 자의 의사직업과 관련된 의술의 시행이라고 규정할 뿐,<sup>40)</sup> 의사의 ‘직접 진찰’에 대해 명시적으로 규정을

36) 醫師法(改正 平成 25・6・14・法律 44号) 第20條 참조.

37) 情報通信機器を用いた診療(いわゆる「遠隔診療」)について(平成 9年 12月 24日 付け 健政發第 1075号 厚生省健康政策局長通知)

38) 厚生労働性遠隔医療研究班, 總括班最終報告書, 1997. 김중욱, “일본의 원격의료 현황”, 지역정보화 통권 제65호, 2010.년 11., 74쪽에서 재인용.

39) 那覇地方裁判所 平成18年3月29日[平成15年(行ウ)第16号].

40) 독일 의사직업규정 제2조 제5항 및 제2조a 참조.

두고 있지는 않다. 다만 표준 의사직업규정[(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte]에 “의사는 인쇄 매체나 통신매체를 통해서만 이뤄지는 의료행위, 특히 상담 또한 해서는 안 된다. 원격진료에 있어서도 의사가 환자를 직접 진료하는 것이 보장되어야 한다.”로 규정<sup>41)</sup>하여 과거 “의사는 오로지 서신의 수단만으로는 상담을 포함한 진료행위를 하여서는 안 되며, 통신매체나 컴퓨터 네트워크를 통해서만 이뤄지는 경우에도 마찬가지이다.”라고 한 종전의 입장<sup>42)</sup>을 변경하였다.

## 2. 의료계의 현실을 고려한 의료법 개정

의료법 제4조는 의료인과 의료기관의 장의 의무로 제1항에서 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 병원감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 의료인은 직접 대면진찰을 통해 환자의 건강과 삶의 질을 향상시킬 수 있도록 의무를 다하여야 한다.

그런데 현실적으로 경증을 지닌 장애인, 고령자, 의학적으로 위험성이 낮은 고혈압·당뇨병 등의 만성질환자 등에 대해서는 직접 대면진찰이 아닌 비대면진료의 필요성이 존재하며,<sup>43)</sup> 재진환자에 대해서는 이미 국민건강보험법을 근거로 정당행위로 처리되고 있다. 국민건강보험법 제45조, 국민건강보험법 시행령 제21조 제2항 및 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제8조제2항 내지 제4항, 제9조제1항, 제11조제1항, 제12조제2항, 제13조 제1항· 제3항에 의해 제정 고시된 건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수(보건복지가족부 고시 제정 2007.11.29 고시 제2007 - 113호)<sup>44)</sup>에 따르면,

41) (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel §7 Abs.4

42) (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 in der Fassung der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages in Eisenach §7 Abs.3

43) 이 점에서 2014.4.2. 정부가 제출한 의료법 일부개정법률안(의안번호 9995)은 정신질환자 등 원격의료 대상자를 매우 폭넓게 인정하여 재검토의 여지가 크다고 하겠다.

44) 현재 「건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수」(보건복지부 고시 제2014-170호, 2014.9.30.).

재진환자의 진찰료에 대해서는 “환자가 직접 내원하지 아니하고 환자 가족이 내원하여 진료담당의사와 상담한 후 약제 또는 처방전만을 수령 또는 발급하는 경우에는 재진진찰료 소정점수의 50%를 산정한다.”고 명시하고 있으며, 이에 따라 의료기관에서는 실제로 재진환자 등에 대해 비대면진찰이 실시되고 있다. 이러한 국민건강보험에 규정된 예외는 환자가족이 의료기관에 내원하여 상담하고 진찰하는 경우를 상정한 것이며, 환자를 전화로 진찰한 경우는 여기에 포섭되지 않는다. 그러나 환자가족이 비대면진료를 한 경우와 비교할 때, 환자 본인과 전화 등의 수단을 통해 진찰하는 경우 비대면진료의 예외를 인정할 필요성이 더 적다고 할 수 없다. 그렇지만 재진환자의 비대면진료의 경우에도 질병상태, 악화가능성 등에 대한 위험을 수반하여 양날의 칼이라고 볼 수 있으며, 더욱이 연혁상 보건복지부의 유권해석은 의사면허정지를 둘러싼 행정청의 해석 변경에 불과한 상황이다.

따라서 현재 환자의 질병과 상태에 따라 비대면진료 허용의 필요성이 있으면 이 경우 근본적인 해결은 입법적 개선이다. 즉 의료법 제17조 제1항에 본문에 ‘대면하여’를 명시하고, 이러한 대면진찰의 예외규정을 삽입하는 것이다. 독일의 입법례에서도 알 수 있듯이, 직접 대면진료가 의료행위의 흔들려서는 안 될 원칙이라는 점은 지켜져야 한다. 대면진료의 예외로서 원격진료와 같은 비대면진료가 허용된다고 하더라도 대면진료에 준하는 수준이어야 하며, 예외 허용의 법적 근거도 명확하여야만 하는 것이다. 따라서 의료법 제17조 제1항의 “의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사[이하 … 포함한다], 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사나 … 이하 같다]을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 검시(檢屍)를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.”에 ‘대면하여’를 삽입하고, ‘다른 법령에 의한 경우를 제외하고는’을 진단서·검안서·증명서 또는 처방전 앞에 추가하여, 다른 법령에 의해 직접 대면진찰의 예외가 인정되는 의사의 경우 비대면 상태에서 처방전을 교부할 수 있도록, 대면진찰의 예외 인정의 근거를 직접적으로 마련하여야 한다.<sup>45)</sup>

## V. 나아가며

의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’을 둘러싼 헌법재판소와 대법원의 상반된 입장은 원격진료의 범위 확대 이전에 정리되어야 한다. 여기서 죄형법정주의의 원칙상 형벌 규정은 엄격해석의 원칙이 쉽게 포기되어서는 안 된다. 국가형벌권의 자의적 행사를 방지하는 것이 형법해석의 支柱이기 때문이다. 그렇다고 하여 의료법의 해석에 있어 ‘직접 진찰’의무를 규정한 의료법 자체의 입법목표와 취지를 고려하지 않을 수 없다. 침습성을 기본으로 하는 의료행위는 국민의 생명과 건강과 직접 관련을 맺고 있으므로, 의료인의 높은 책임의식과 직업윤리를 사회적으로 요구되기 때문이다. 이러한 맥락에서 ‘직접 진찰’은 행위 주체만을 의사로 규정한 것이 아니라, 진료방식도 대면진료를 규정한 것으로 보아야 한다. 의사가 환자를 대면하고 진료하는 것은 의사의 가장 기본적인 직업윤리에 속한다. 그리고 법률규정이 명확하지 않을 경우 유추적용금지원칙이 작동될 수 있으나, 현행 의료법의 보호법익, 조문체계, 타 조문과의 관계 등을 고려했을 때, ‘직접 진찰’은 충분히 ‘대면진료’로 명확하게 해석할 수 있다.

다만 질병의 종류와 환자의 상태, 환자의 수진 환경 등을 고려했을 때, 모든 경우에 대면진료가 강제될 수는 없다. 따라서 비대면진료가 필요가 경우가 있으며, 이러한 경우 의료법 제34조의 원격의료처럼 명시적으로 예외 규정을 도입함으로써 문제를 해결하여야 한다. 무리한 해석보다는 명시적인 입법과 예외규정의 규정을 통해 양성화를 하는 것이 바람직하다고 하겠다.

---

45) 결국 의료법 제17조 제1항의 전단은 아래와 같이 변경할 수 있다.

“의료업에 종사하고 직접 대면하여 진찰하거나 검안(檢案)한 의사[이하 이 항에서는 검안서에 한하여 검시(檢屍)업무를 담당하는 국가기관에 종사하는 의사를 포함한다], 치과의사, 한의사가 아니면 다른 법령에 의한 경우를 제외하고는 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 "전자처방전"이라 한다)을 포함한다. 이하 같다]을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 검시(檢屍)를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.”

## 참 고 문 헌

### 단행본

- 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2013  
대한의사협회, 의료법원론(개정판), 법문사, 2008  
변종필, 형법해석과 논증, 세창출판사, 2012  
배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013  
신동운/김영환/이상돈/김대휘/최봉철, 법률해석의 한계, 법문사, 2000  
이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011  
정용엽, 원격의료법, 한국학술정보, 2008  
최재천/박영호/홍영균, 의료형법, 육법사, 2003  
한국의료윤리학회, 의료윤리, 군자출판사, 2011

### 논문

- 김병일, “유비쿼터스 시대를 위한 의료법의 개정방안 : 원격의료를 중심으로”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007.12.  
김종욱, “일본의 원격의료 현황”, 지역정보화 통권 제65호, 2010.11.  
류전철, “法律解釋의 方法과 刑法”, 法律行政論叢 제17집, 1997.12.  
백경희/장연화, “대면진료와 원격의료의 관계에 관한 법적 고찰”, 서울法學 제21권 제3호, 2014.2.  
유태우, “遠隔診療時代의 到來”, 대한의사협회지 제40권 제12호, 1997.12.  
윤종태, “遠隔醫療의 現況과 法的 問題”, 의료법학 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.12.  
이우정/홍승욱/박정화/정영철, “의료법상의 원격의료에 대한 법적 쟁점”, 한국의료법학회지 제11권 제1호, 2003.6.  
이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007.6  
장연화/백경희, “의사의 대면진료의무와 의료법 제17조 제1항의 해석에 대한



의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’과 대면진료의무를 위반한 의사의 형사책임

소고”, 이화여자대학교 법학논집 제17권 제4호, 2013.6.

주지홍, “원격의료 관련 의료법개정안에 대한 소고”, 한국의료법학회지 제17권 제2호, 2009.12.

## 국외문헌

Baumann/Weber/Mitsch, STRAFRECHT AT, 11. Aufl. 2003

Jescheck, Lehrbuch AT, 3. Aufl. 1977

Volker Großkopf/Hubert Klein, Recht in Medizin und Pflege, 2011

Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006

Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982

Markus D Dubber/Tatjana Hörnle, Criminal Law : A Comparative Approach, 2014

## 기타

세계의사회 <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/a7/>  
2014.10.15. 방문

情報通信機器を用いた診療（いわゆる「遠隔診療」）について」（平成 9年  
12月 24日付け 健政發第 1075 号 厚生省健康政策局長通知）

## <국문초록>

의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰’ 규정을 둘러싸고 헌법재판소와 대법원이 상반된 견해를 보이고 있다. 그런데 대법원은 위 조문의 ‘직접 진찰’이 대면진료가 아니라는 전제에서 논리를 전개하고 있다. 죄형법정주의의 원칙 상 형벌 규정은 엄격해석의 원칙이 쉽게 포기되어서는 안 된다. 국가형벌권의 자의적 행사를 방지하는 것이 형법해석의 支柱이기 때문이다. 그렇다고 하더라도 법률해석에서 ‘직접 진찰’의무를 규정한 의료법 자체의 입법목표와 취지를 고려하지 않을 수 없다. 침습성을 기본으로 하는 의료행위는 국민의 생명과 건강과 직접 관련을 맺고 있으므로, 의료인의 높은 책임의식과 직업윤리를 사회적으로 요구한다. 이러한 맥락에서 ‘직접 진찰’은 행위 주체만을 의사로 규정한 것이 아니라, 진료방식도 대면진료를 규정한 것으로 보아야 한다. 의사가 환자를 대면하고 진료하는 것은 의사의 가장 기본적인 직업윤리에 속하기 때문이다. 또한 법률규정이 명확하지 않을 경우, 유추적용금지원칙이 작동될 수 있으나, 현행 의료법의 보호법익, 조문체계, 타 조문과의 관계 등을 고려했을 때, ‘직접 진찰’은 충분히 ‘대면진료’로 명확하게 해석할 수 있다. 문리해석, 목적론적 해석, 체계적 해석을 통해 이러한 결론의 도출이 가능하다.

다만 질병의 종류와 환자의 상태, 환자의 수진 환경 등을 고려했을 때, 모든 경우에 대면진료가 강제될 수는 없다. 따라서 비대면진료가 필요가 경우가 있으며, 이러한 경우 의료법 제34조의 원격의료처럼 명시적으로 예외 규정을 도입하여야 한다. 무리한 해석보다는 예외규정의 규정을 통해 합법화를 하는 것이 바람직하다.

**주제어** : 의료법 제17조 제1항, 직접 진찰, 대면진료의무, 형법해석, 유추적용금지

## Doctor's criminal liability who violated MEDICAL SERVICE ACT Article 17 Clause 1 "medical treatment by himself"

Lee, Seung-Jun\*

For MEDICAL SERVICE ACT Article 17 Clause 1 "medical treatment by himself" provisions, the Supreme Court has shown a contrary opinion to the Constitutional Court. However, the Supreme Court has developed a logic in the premise of the above provision "medical treatment by himself" is not face-to-face medical treatment.

Principle of strict interpretation should not be easy to give up under the principle of legality of crimes and punishment. This is because to prevent the arbitrary exertion of the country penalty is the core of the interpretation of criminal law.

Even so, we should consider the effect of legislative goals and MEDICAL SERVICE ACT itself specified the "medical treatment by himself" obligation in law interpretation. The healthcare needs of high social responsibility and professional ethics, so directly tied to people's life and health-related, which is based on the invasive medical treatment.

In this context, it should only be prescribed by a doctor, not main body of an act, face-to-face medical treatment scheme is also defined "medical treatment by himself" is. To care for patients face-to-face belongs to the most basic professional ethics of doctors.

When considering the protection of legal interests existing MEDICAL SERVICE ACT, article system, and the other provisions relative, if not clearly prescribed by law, is prohibited, but can be operated prohibition of *lex stricta* applies, "medical treatment by himself" is clearly a 'face-to-face medical treatment' enough can be interpreted. It is possible to derive a conclusion through a grammatical interpretation, systematic interpretation and

---

\* Associate Professor, Chung Buk National University Law School

of these teleologic interpretation.

However, when considering the type of the disease and the condition of the patient, the patient's medical environment, it can not be forced to have a face-to-face treatment in all cases. So if you need a medical and non-face-to-face, in this case, the exception should be introduced explicitly as Article 34 of telemedicine. It is preferable that the legalization through the exception rather than unreasonable interpretation.

**keywords** : MEDICAL SERVICE ACT Article 17 Clause 1, medical treatment by himself, face-to-face medical treatment, interpretation of criminal law, prohibition of *lex stricta*