

按摩士 資格認定 制度에 關한 憲法的 考察

吳 奇 斗*

차 례

I. 서 론

1. 문제된 사건
2. 위헌법률심판의 대상
3. 관련된 보건복지부령

II. 법령의 주요 연혁

III. 외국의 유사제도 고찰

1. 일 본
2. 미 국
3. 영 국
4. 스웨덴
5. 독 일

IV. 재판의 전제성

V. 헌법위반 여부

1. 위헌론
2. 합헌론의 지지

VI. 안마사에 관한 규칙의 위헌 여부

1. 서 설
2. 위헌론
3. 합헌론의 지지

VII. 입법론

VIII. 결 론

* 憲法裁判所 憲法研究官 · 서울高等法院 判事

1. 서론

1. 문제된 사건

이 글은 헌법재판소가 지난 2003. 6. 26. 선고한 2002헌가16 구 의료법 제67조 등 위헌제청 사건에 관한 연구보고서를 기초로 하여 작성된 것이다. 이 사건은 다음과 같은 사실관계에서 출발하고 있다.

검사는 시각장애인이 아닌 피고인에 대해 "피고인이 안마사 자격 없이 영리를 목적으로, 2001. 3. 9. 봉사료를 받고 고객에게 안마시술을 하였다"는 혐의로 의료법 제67조, 제61조 제1항 위반으로 약식명령을 청구하였고, 이어 관사는 피고인에 대해 벌금 2,000,000원의 약식명령을 발령하였다. 그러나 이에 대해 피고인이 정식재판을 청구하여 법원의 형사 단독 관사에 의해 벌금 2,000,000원이 선고되었고, 피고인이 이에 불복, 항소하여 제청법원에 항소심 재판이 계속 중인데, 위 항소심 법원은 직권으로 헌법재판소에 위 법률조항에 대한 위헌법률심판을 제청한 것이다.

2. 위헌법률심판의 대상

이 사건 위헌법률심판의 대상은 구 의료법 제67조(2000. 1. 12. 법률 제 6157호로 개정된 후 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 중 "제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자"부분 및 의료법 제61조 제1항(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 것), 같은 법 제61조 제4항(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정된 것)이다. 해당조항은 다음과 같다.

(1) 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 의료법 제67조

제67조(벌칙) 제19조, 제19조의2, 제20조 제1항, 제25조 제3항, 제30조 제4항, 제31조 제1항 단서, 제48조 제3항, 제54조 제3항의 규정에 위반한 자 또는 제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 제19조, 제20조 제1항 또는 제54조 제3항의 규정에 위반한 자에 대한 중소는 고소가 있어야 한다.(改正 1994·1·7, 2000.1.12)¹⁾

1) 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정된 내용에 의하면 안마사에 관한 부분은 구성요건이

- (2) 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 의료법 제61조 제1항 및 1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되고, 2002. 12. 5. 법률 제6759호로 개정되기 전의 의료법 제61조 제4항

제61조(안마사) ①안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.(개정 1975·12·31, 1987·11·28, 2000·1·12)

④안마사의 자격인정, 그 업무한계 및 안마시설소의 시설기준등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.(개정 1986·5·10, 1997·12·13)

3. 관련된 보건복지부령

* 안마사에 관한규칙

제2조(안마사의 업무한계) 안마사는 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법에 의하거나 전기기구의 사용 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술 행위를 하는 것을 업무로 한다(1987. 10. 22. 보건사회부령 제809호로 개정된 것).

제3조(안마사의 자격) ①안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.(개정 2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것)

1. 초·중등교육법 제2조 제5호의 규정에 의한 특수학교졸, 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육과정을 마친 것을 보지 못하는 사람
2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건복지부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 것을 보지 못하는 사람

나 형법이 전혀 변경되지 않았음을 알 수 있다. 위헌재정이 개정전 법률조항에 대하여 이루어졌지만 개정법률 또는 다른 유사법률에 제청신청된 법률과 마찬가지로의 위헌성이 있는 경우 이에 대하여 위헌심판대상을 확장할 수 있는가 하는 점에 대하여 헌법재판소가 적극적인 입장을 취한 예는 발견하기 어렵다. 헌법재판소, 「헌법재판소사무제요」 제1개정판, 2003. 113면. 이 사건에 있어 위와 같이 개정된 현행법이 개정전의 법률과 동일한 규정을 갖고 있으므로, 개정된 법률에 대해 위헌선언을 하는 것도 고려할 수 있다고 보인다. 그러나 그렇게 할 경우 심판대상을 이 사건 심판대상이 될 위 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 법률에까지 확장해야 하지 않는가 하는 문제가 발생한다. 1994. 1. 7. 법률 제4732호 제67조의 규정도 안마사 자격에 관한 한 동일한 조문이다. 따라서 무한정 위헌선언할 법률을 확장해야 하는 문제가 발생할 수도 있다. 위 개정법률 이전의 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 전문개정된 의료법 제67조도 안마사의 자격에 관한 한 벌금형이 300만원 이하였다는 점 외에는 동일하기 때문이다. 결국 당해 사건에 적용될 법률 이외에 개정전 또는 개정후의 법률까지 심판 대상으로 확장하는 것은 옳지 않다.

이 때 위에서 규정한 특수학교란 장애인을 위한 교육기관을 의미하고(구 교육법 제143조), 안마수련기관이란 동 규칙 제5조에서 정한 보건복지부장관의 지정을 받은 기관을 말한다.²⁾

II. 법령의 주요 연혁

원래 안마사제도는 일제시대인 1912. 3. 27. 조선총독부 제생원 관제(칙령 제43호)에³⁾ 의해 경성제생원(국립서울맹학교의 전신)에서 시각장애인들에게 침술과 안마술 교육을 실시한 것이 시초라고 할 수 있다. 이어 1914. 10. 공포된 안마술, 침술, 구술영업취체규칙(1914. 10. 29. 조선총독부 경무총감부령 제10호⁴⁾)에서 위 교육의 자격제도를 마련하여 시각장애인의 적합 직종으로 육성하였다.⁵⁾ 그러다가 1946. 4. 미군정청 후생부 결정에 의하여 위 규칙의 효력이 정지되었으나 맹학교를 중심으로 시각장애인에 대한 직업교육이 지속적으로 실시되어 왔다. 그 이후의 법령 규정의 변화를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 1951. 9. 25. 법률 제221호 국민의료법 제59조는 “종래에 규정된 침골·침술·구술·안마술업자 등 의료유사업자제도는 주무부령으로써 정한다.”고 규정하였으며, 이에 따른 1960. 11. 28. 보건사회부령 제55호 의료유사업자령에 의해 안마사자격제도가 부활되었다.

(2) 1962. 3. 20. 법률 제1035호로 국민의료법을 대체하여 전문 개정된 의료법에서 유사의료업자에 대한 규정을 삭제하였다.

제38조(진료보조자의 제한) ①의사, 치과 의사, 한의사, 조산원, 간호원 또는 따로 법률로써 정하는 일정한 자격이 있는 자가 아니면 진료의 보조 또는 임상에 필요한 검사 등에 관한 보조를 하지 못한다. 단, 보건사회부장관의 정하는 바에 의하여 서울특별시장 또는 도지사의 허가를 받은 자는 예외로 한다.

2) 현재 안마에 관한 교육을 하는 특수학교는 12개교, 보건복지부장관이 지정한 안마수련기관은 1개소가 있다고 한다.

3) 조선총독부, 「관보 호외」, 명치 사십오년 삼월 이십팔일, 8~9면. 그 제1조는 “조선총독부제생원은 조선총독부가 관리하는 고아의 양육, 맹아자의 교육 및 정신병자의 구제 및 치료에 관한 사무를 관장한다.”고 규정하고 있었다. 그리고 1913. 6. 9. 칙령 101호 제2조는 “3년 이상 고아 또는 맹아자의 교육·양성에 관한 사무에 중사한 현직 관임관 오급봉 이상의 봉급을 받는 자”를 조선총독부제생원 주사에 임명하도록 하고 있었다. 조선총독부, 「관보 제이육0호」, 대정 이년 율월 십삼일, 112면.

4) 조선총독부, 「관보 제육칠삼호」, 대정 삼년(1914) 십월 이십구일, 442면.

5) 사단법인 대한안마사협회, 「안마사제도의 역사」.

그러나 위 제38조 제1항 단서에 기해 1963. 12. 12. 보건사회부에규인 안마사허가에관한규정(의무 1421. 6 - 40429, 1963. 12. 12. 공포, 시행) 제3조로 안마사의 자격요건을 규정하였다. 그러나 당시 의료법 규정에 무면허 안마행위를 처벌하는 규정은 없었다.

안마사허가에관한규정(1963. 12. 12. 공포, 시행한 보건사회부예규)

제3조(자격) 안마사가 되고자 하는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사의 자격증을 받아야 한다.

1. 문교부장관이 허가하고 보건사회부장관이 제정하는 맹학교에서 안마, 마사지, 지압, 전기 기타 자극법에 대하여 3년 이상의 교육과정을 이수한 자
2. 당해 공익법인이 실시하는 안마, 마사지, 지압법 등의 교육에 관하여 1,300 시간 이상의 강습과정을 이수한 자

그런데 1965. 3. 23. 법률 제1690호에 의해 의료법 제38조가 삭제되어 안마사에 관한 법률상의 근거가 없어지게 되었다.

(3) 그러나 1973. 2. 16 법률 제2533호로 전문 개정된 의료법에서부터 안마사의 자격인정에 관한 규정을 두기 시작하였다. 이때에도 무허가 안마행위를 처벌하는 규정은 없었다.

제62조(안마사) ①안마사가 되고자 하는 자는 도지사의 자격인정을 받아야 한다.
③안마사의 자격인정 및 그 업무한계 등에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

(4) 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 전문 개정된 의료법 규정은 다음과 같이 되어 있었고, 이때도 무허가 안마행위를 처벌하는 규정은 없었다. 다만, 맹인의 안마사 자격에 관한 규정을 둔 것이 위 전문 개정된 의료법의 특징이라고 할 수 있다.

제61조(안마사) ①안마사가 되고자 하는 자는 도지사의 자격인정을 받아야 한다.
이 경우 제8조 제1항 제2호의 규정에 불구하고 맹자에 대하여 자격을 인정할 수 있다.<개정 1975. 12. 31>
③안마사의 자격인정 및 그 업무한계 등에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

1984. 10. 15. 보건사회부령 제757호로 제정된 안마사에관한규칙 제3조의 규정은 다음과 같다.

제3조(안마사의 자격) ①안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 교육법에 의한 특수학교중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육과정을 마친 말을 보지 못하는 사람
2. 중학교 과정이상의 교육을 받고 보건사회부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 말을 보지 못하는 사람

(5) 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 전문 개정된 의료법 제67조에서부터 무허가 안마업을 처벌하기 시작하였다.

제67조(벌칙) 제16조 제2항, 제18조 제1항·제2항, 제19조, 제20조 제1항 본문, 제39조 제1항, 제54조 제3항의 규정에 위반한 자 또는 제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 시술을 목적으로 안마업무에 종사한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. (단서 생략)

(6) 그리고 1987. 11. 28. 법률 제3948호에 의해 맹인에 대해 안마사 자격을 인정할 수 있다는 규정이 삭제되고, 이를 시행령에 위임하게 되었다. 그 이유는 의료법을 개정하면서 장애자의 권익을 보호하기 위하여 의료인의 결격사유중 농자·아자·맹자를 삭제하였으므로, 의료법 자체에서 맹인에게 안마사 자격을 부여한다는 규정을 둘 필요가 없었기 때문이다.⁶⁾

제61조(안마사) ①안마사가 되고자 하는 자는 도지사의 자격인정을 받아야 한다.
(개정 1975·12·31, 1987·11·28)

위 의료법 개정 후 1989. 2. 28. 개정된 보건복지부령 제827호 안마사에 관한규칙 제3조 제1항은 다음과 같다.

제3조(안마사의 자격) ①안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 교육법에 의한 특수학교중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육과정을 마친 말을 보지 못하는 사람
2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건사회부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 말을 보지 못하는 사람

(7) 이 사건 심판대상인 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정된 의료법 제67조가 비로소 다음과 같이 규정하였다.

제67조(벌칙) 제19조, 제20조의2, 제25조 제1항, 제30조 제4항, 제31조 제1항 단서, 제48조 제3항, 제54조 제3항의 규정에 위반한 자 또는 제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 명리를 목적으로 안마행위를 한 자는 3년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. (단서 생략)

6) 법제처 홈페이지에 올라 있는 1987. 11. 28. 법률 제3948호 개정이유 참조.

(8) 이 사건 피고인에게 적용될 안마사에관한규칙 제2조인 1987. 10. 22. 보건사회부령 제809호 및 제3조 제1항인 2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호는 앞서 본 바 있다.

(9) 이상에서 살펴본 안마사제도에 관한 의료법 및 그 시행령의 내용에 의해 다음과 같은 몇 가지 현상을 살펴볼 수 있다.

① 안마사 제도는 의료법 및 그 시행령에 의해 대단히 오랜 기간 동안 의료행위의 범주에 포함되어 왔다.

② 그리고 오랜 기간 동안 의료법 및 그 시행령은 안마행위를 원칙적으로 자격을 갖추어야 종사할 수 있는 의료행위로 인식해 왔다.

③ 오랜 기간 동안 의료법 및 그 시행령은 원칙적으로 시각장애인만이 안마업을 할 수 있는 것으로 여겨 왔다.

④ 무자격 안마행위를 처벌하게 된 것도 20여년 이상의 오랜 역사를 가지고 있다.

Ⅲ. 외국의 유사제도 고찰

세계 각국에서도 장애인에 대한 유보고용제도를 실시하고 있는데, 이는 특정장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 그 특정장애인을 당해 직종에 취업할 수 있도록 하는 제도이다.⁷⁾ 다만, 우리나라와 같이 정상인에 대해 원칙적으로 당해 특정직역에 종사하지 못하도록 금지하고 이를 위반했을 때 형사처벌까지 하는 나라의 예를 찾아보기 어렵다.⁸⁾ 다음에서 보는 바와 같이 시각장

7) 중증장애인에 대해 고용촉진을 하는 제도로는 보조금 고용제도(장애인 고용시 사업자에게 보조금을 지급하는 제도), 2배수 고용인정제도(중증장애인 1명을 고용하는 경우 경증장애인 2명을 고용한 것으로 간주하여 부담금을 감면해 주는 제도), 보호고용제도(동상적인 고용이 될 수 없는 장애인을 위하여 보호작업장(sheltered workshop) 등과 같은 보호적인 조건하에서 훈련 및 고용을 하는 제도), 연계고용제도(근로시설이나 보호작업장 등 중증장애인이 보호고용되어 있는 직업재활시설에 하청을 주어 그 생산품을 납품 받는 사업자에게 장애인 미고용시 납부하여야 할 부담금을 감면해 주는 제도), 유보고용제도 등이 있다. 이재우, 「장애인고용촉진의 범위」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1998, 50~61년.

8) 필자의 지인이자, 스웨덴에 있는 Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law 연구소에 근무하는 연구원으로서 인권법에 관해 곧 박사학위를 취득할 예정에 있는 스웨덴 사람 요나스 그림덴(Jonas Grimden)은 최근, "한국에서 장애인에 대해 우대정책을 취하는 것은 국제적 기준에도 부합하나, 그 직역을 침범한 정상인에 대해 형사처벌까지 하는 것은 문제가 있다고 생각한다."는 의견을 이메일로

에인에 대하여 우선적으로 안마사자격을 받을 수 있도록 하되 정상인도 안마사자격을 얻을 수 있게 한 후 무자격안마행위를 형사처벌하고 있는 일본만이 우리나라와 매우 유사한 시각장애인 보호제도를 갖고 있다고 할 수 있다.

1. 일본

일본은 의사법과 의료법을 별도로 두고 있는데, 위 두 법률에 안마사에 관한 규정을 둔 것은 아니다. 오히려 일본은 1947. 12. 20.부터 안마사지압사, 침사, 구사등에 관한 법률을⁹⁾ 제정하여 시행하고 있는 바, 이 사건과 관련된 규정은 다음과 같다.

제1조 : 의사 이외의 자로서 안마, 마사지, 또는 지압, 침이나 뜸 등을 업으로 하고자 하는 자는 각각 안마사지압사 면허, 침사 면허 또는 구사 면허를 받아야만 한다.

제2조 제1항 : 면허는, 학교교육법(1947. 법률 제26호) 제56조 제1항의 규정에 의해 대학에 입학하는 것이 가능한 자-(중략)- 중 3년 이상, -(중략)-, 해부학, 생리학, 병리학, 위생학, 기타-(중략)-필요한 지식과 기능을 습득한 자로서, 후생노동대신이 시행하는-(중략)-시험에 합격한 자에 대하여, 후생노동대신이 이를 부여한다.

제13조의7 : 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 50만원 이하의 벌금형에 처한다.

1. 제1조의 규정에 위반하여 안마, 마사지 또는 지압, 침, 뜸 등을 업으로 할 자
부칙 제18조의2 제1항 : 문부과학성령, 후생노동성령에 정한 정도의 현저한 시각장애가 있는 자(이하 '시각장애자'라고 한다)에 대해서는, 당분간, 제2조 제1항의 규정에도 불구하고, 학교교육법 제47조의 규정에 의해 고등학교에 입학하는 것이 가능한 자로서-(중략)- 문부과학대신이 인정한 학교 또는 후생노동대신이 인정한 양성시설에서-(중략)- 안마사지압사에 있어서는 3년 이상-(중략)-필요한 지식 및 기능을 습득한 자는 시험을 볼 수 있다.

부칙 제19조 : 당분간 문부과학대신이나 후생노동대신은 안마사지압사의 총수에서 시각장애인 이외의 자가 차지하는 비율, -(중략)-기타의 사정을 감안하여, 시각장애자인 안마사지압사의 생계유지가 현저히 곤란하게 되지 않도록 하기 위해 필요하다고 인정하는 경우에는, 안마사지압사에 관계된 학교나 양성시설에서 시각장애인 이외의 자의 정원등을 늘리는 것을 승인하지 않을 수 있다.

보내주었다. 그가 보낸 이메일의 해당부분은 다음과 같다. "It sounds reasonable to question the constitutionality of your law and punishment. Certainly according to international standards 'positive discrimination' is accepted and sometimes even required but this form is problematic".

9) あん摩マツサージ 指壓師, はり師, きゆう師等に関する法律, 昭和二十二年十二月二十日 法律第二百十七號.

이처럼 일본은 정상인도 안마사 자격을 얻을 수 있도록 하면서, 안마사 자격을 얻을 수 있는 기준을 법률에 상세히 규정하고 있는 점에서 우리와 현저히 다르다고 할 수 있다. 다만, 시각장애인에 대해 특히 배려할 것을 규정하고 있는 점 및 무면허 안마행위를 형사처벌하는 점은 우리와 동일하다.¹⁰⁾

2. 미국

미국의 연방이나 주에서는 직장을 필요로 하는 시각장애인에게 공공시설 내에서 신문, 잡지, 담배, 음식, 음료 등을 판매하는 자판기나 구내식당, 간이매점 등의 운영자격을 부여하는데 우선권을 주도록 규정하고 있다.¹¹⁾ 특히 1973년의 재활법(the Rehabilitation Act)은 제503조에서 연방정부로부터 2,500달러 이상의 보조금을 받는 기업에 대해 장애인의 고용과 승진에 있어 적극적 조치를 취할 것을 규정하고 있다.¹²⁾ 1990년 미국장애인법(the Americans with Disabilities)은 제1부에서 25인 이상(1994년 15인 이상으로 확대됨)을 고용하는 공공업체 혹은 사기업체에서 취업상 장애인의 차별을 금지하고 있다.¹³⁾

그러나 미국의 연방이나 주에 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정한다는 법률규정은 없으며, 정상인이 안마행위를 한다고 해서 이를 형사 처벌하는 규정도 없다. 오히려 정상인이 척추지압요법사(Chiropractor) 업무를 하고 있는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 예전대 캘리포니아주의 척추지압요법사가 되기 위해서는 고등학교를 졸업하고, 척추지압요법사 교육위원회가 인정하는 90학점 이상의 학사과정 과목을 이수한 후¹⁴⁾ 위 위원회가 인정하는 척추지압

10) 일본의 身體障害者福祉法 제22조는, “① 국가나 지방공공단체에 설치된 사무소나 그 밖의 공공시설을 관리하는 자는 신체장애자의 신청을 받아 그 공공시설내에서 신문, 서적, 담배, 사무용품, 식료품, 기타 물품을 판매할 매점을 설치하는 것을 허가하도록 노력하여야 한다. ② 전항의 규정에 의해 공공시설내에서 매점을 설치할 것을 허가하는 때에는 당해 시설의 관리자는 그 매점운영에 관하여 필요한 규칙을 제정하고, 이를 감독할 수 있다. ③ 제2항의 규정에 의하여 매점 설치를 허락 받은 신체장애자는 질병이나 기타 정당한 사유가 있는 경우 이외에는 스스로 업무에 종사하지 않으면 안 된다.”고 규정하여 장애인에 대해 특정직업 종사에 있어 우대하는 정책을 취하도록 하고 있다.

11) United States Code Annotated Title 20, Education, Chapter 6 A- Vending Facilities for Blind in Federal Building, & Code of Federal Regulations Title 34, Education Subtitle B, Chapter III, Part 395.

12) 이재우, 「장애인 고용촉진의 법리」, 서울대학교 석사학위논문, 1998, 74면.

13) 권건보, 「장애인의 기본권에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1999, 90면.

14) 미국은 대략 1학기에 15학점을 취득하므로, 90학점 이상을 취득하기 위해서는 3년

요법사 양성 전문대학을 졸업하면 된다.¹⁵⁾ 텍사스주에서는 60시간 이상 인문 사회계열이나 자연과학분야의 학사과정 과목을 이수하고 4년간의 척추지압요법사 양성 대학과정을 마쳐야 하며, 국가 물리치료 위원회가 시행하는 시험에 합격해야 하고 텍사스주 척추지압요법사 관련 법률과목 시험을 합격해야 한다.¹⁶⁾

3. 영국

영국의 경우 주차장관리원, 승강기조작원, 전화교환원 등의 직종은 등록된 장애인 외에 어느 누구도 고용해서는 안 된다는 장애인고용법(1944년 제정, 1958년 개정)을 가지고 있었으나,¹⁷⁾ 1995년에 제정된 장애인차별법에 의해 고용에 있어서 장애인에 대한 차별을 금지하는 포괄적 규정을 두는 것으로 변경되었다.¹⁸⁾ 이어 1999년 장애인권리위원회법이 제정되었다. 영국은 장애인에 대한 보호고용의 방법으로 장애인들을 고용하여 운용하는 Remploy 공장을 운영하고 있다.¹⁹⁾

4. 스웨덴

스웨덴의 장애인 보호고용제도도, 우리나라의 안마사 자격인정 제도와 사뭇 다른 형태를 취하고 있다.²⁰⁾ 장애인에 대한 배려의 초점은 노동시장에서 장

이상의 대학 학사과정을 마쳐야 한다.

15) Board of Chiropractic Examiners, *Chiropractic Educational Requirements*, Rev. 5/02.

16) *Licensing Requirements for the State of Texas*, at Find Law.

17) 한국장애인재활협회, 「중증장애인을 위한 보호고용사업 활성화 방안에 관한 연구」, 1992, 34면; 한국장애인복지체육회, 「주요국의 장애인 복지기본법」, 1995, 205면.

18) 이성규, 「장애인차별금지법-영국의 장애인차별법을 중심으로」, 『장애인고용』, 1996, 불호.

19) 한국장애인고용촉진공단, 「장애인고용정책비교연구」, 2001, 84면.

20) 이 부분은 주로, 필자의 지인으로서 앞서 언급한 스웨덴 사람 Jonas Grimden의 동료인 Anna Bruce가 보내준 이메일 내용을 옮긴 것이다. 이메일의 원문은 다음과 같다. "The protection of the right to work of persons with disabilities in Sweden takes different forms. The prevalent form consists of measures for augmenting the participation of persons with a disability in the mainstream labour market. These measures include anti-discrimination legislation (including reasonable accommodation), positions subsidized by the state (i.e. the state pay some of the remuneration of the worker), technical aids and personal assistants. A different form of protection

애인의 참여를 늘리는데 모아지고 있다. 예컨대 장애인에 대한 적절한 수용제도와 같은 차별금지 조치, 장애인 고용에 대한 보조금의 지급제도, 기술적 지원 제도, 장애인 보조인제도 등이 주요 장애인 복지 수단이 되고 있다. 스웨덴의 장애인 복지 서비스의 급여 형태는 장애인 연금을 통한 현금수당, 보건의료사업을 통한 치료, 재활사업, 의료기구 보조 등이다.²¹⁾

스웨덴에도 보호작업장 제도가 있다. 그러나 이러한 보호작업장도 안마사와 같은 특정 직역을 독점하고 있는 것이 아니다. 단지 보호작업장은 장애인에게 적합한 작업환경을 갖추고 있을 뿐이다. 이러한 보호작업장에 대해서는, 장애인 보호를 위해 필요한 수단이라고 보아 이를 당연한 제도라고 보는 견해가 있는가 하면, 그 본질은 차별성에 있다고 보는 견해도 있다. 후자의 견해는, 일반적으로 장애인에 대한 차별이 존재하지 않는다면 장애인들도 정상적인 근로자들과 마찬가지로 취업기회를 가질 수 있을 것인데 현실이 그러하지 아니하므로 어쩔 수 없이 이러한 보호작업장 제도를 두고 있다고 보는 견해이다. 스웨덴에서도 예컨대 시각장애인에게 달력 판매를 독점하게 한 입법을 한 적도 있으나 그렇다고 해서 그 독점권을 침해한 사람을 형사처벌까지 하도록 한 적은 없다.

5. 독일

독일 기본법 제3조 제3항 제2문은 장애로 인한 불이익 처우금지를 규정하고 있다. 이는 독일통일과 관련한 헌법개정을 계기로 기본법에 수용된 조항이다. 독일 중장애인법(Schwerbehindertengesetz) 제6조는 종업원수 16인 이상의 모든 사업주에 대해 6%의 종업원을 중증장애인으로 고용하도록 하고

consists of so called protected workplaces. These places do not, however, include the monopoly of certain trades, such as chiropractice. Rather, they are places where the working environment is shaped after the needs of persons with disabilities. The attitudes towards these places differ, some think they are a necessary tool to enable persons with a disability to work, others believe that their very nature is discriminatory, that is, if it was not for discriminatory practices these persons could be a part of the mainstream labour market. There used to exist monopolies in Swedish legislation, for example the right to sell calendars belonged to blind persons. However, these monopolies were not connected to the punishment of confinement”.

21) 오혜정, “각국의 장애인 소득보장제도에 관한 연구”, 『사회과학연구』, 1997.12. 18면.

있다.²²⁾ 동법 제50조 제3항은 일정한 수의 중장애인이 법관으로 임용될 수 있도록 하기 위해 중장애인 법관 임용촉진제를 도입하고 있다.²³⁾ 공무원, 군인에 대해서도 같은 제도가 유지되고 있다. 그러나 법관업무의 특수성이나 그 수 등에 비추어 이를 장애인 유보고용제도라고 하기엔 어려움이 있다. 장애학생과 그 학부모의 의사에 반하여 특수학교에 그 교육을 맡기는 것은, 그 자체만으로는 독일기본법 제3조 제3항 제2문이 의미하는 장애로 인한 불이익 처우금지 원칙을 위반한 것이 아니다. 그러나 만일 일반 학교에서도 다른 정상 학생의 보호가치 있는 이익을 침해하지 않으면서 장애학생에 대한 특별한 교육을 실시하는 것이 가능함에도 불구하고 강제로 장애학생을 특수학교에 배정하는 것은 기본법 제3조 제3항 제2문이 의미하는 불이익 처우에 해당한다고 해야 한다.²⁴⁾

IV. 재판의 전제성

원래 헌법재판소법 제41조 제1항은 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하기 위해서는 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 할 것을 요구하고 있다.²⁵⁾ 이를 재판의 전제성이라고 한다. 이는 이른바 구체적 규범통제의 원칙을 구현하여 헌법재판소의 위헌법률심판 기능을 법원의 재판에 의해 처리되고 있는 구체적인 사건에 한정하여 행사하도록 하기 위한 규정이다. 이 사건에 있어 재판의 전제성을 부정하는 견해도 있으나 다음과 같은 이유에 의해 재판의 전제성을 긍정하는 것이 타당하다.

22) 김인배, "장애인고용제도에 관한 비교법적 고찰", 『강원법학 제7권』, 1995, 259면.

23) Hugo Zanker, *Schwerbehindertenrecht: Einführung in das Schwerbehindertengesetz mit Gesetzestexten, Rechtsprechung, Verordnungen und Richtlinien Bundesanzeiger*, 1988, S. 86.

24) BVerfG, Beschl. v. 8. 10. 1997-1 BvR 9/97, NJW 1998, Heft 3, S. 131.; BVerfG 96, 288; 이 밖에 독일 시각장애인에 대한 지침서로 독일 시각장애인협회가 펴낸 "전명과 약시, 시각장애인을 위한 지침서" 참조. 위 책자에 의하면, 독일은 시각장애인에 대해, 중장애인 증명서 발급, 보조금 지급, 직장에서의 보호, 직업교육을 받는 장애인을 위한 보조, 직업재활, 복직보장, 의료보험조합의 기여금 제도, 명인안내견 지급, 연금보험, 사회복지 보조금, 조세상의 우대, 근거리교통이나 철도, 항공기, 선박 이용 등 공공교통수단 이용시 요금 할인이나 안내 등의 배려 제도, 전화·인터넷·우편·라디오·TV 등의 통신 수단 이용시 이용요금 면제나 할인 등의 배려, 주차권의제공 등 각종 배려 제도를 채택하고 있다.

25) 헌법재판소법 제41조 제1항: 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

① 헌법재판소는 “법원의 법률위헌여부심판제정에 있어서 위헌 심판의 대상인 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는, 되도록 제청법원의 견해를 존중²⁶⁾해야 하는 것을 원칙으로 삼고 있다.”²⁶⁾ 따라서 이와 같은 입장에서 의료법 제67조, 제61조 제1항 및 제4항에 대한 재판의 전제성을 살펴야 할 것이다.

② 제청법원이 주장하는 바와 같이 의료법 제67조, 제61조 제1항은 당해 사건에 직접 적용되는 법률조항이어서, 그 위헌성 여부에 따라 재판의 결과가 달라질 것이 분명하므로, 그에 대해 재판의 전제성이 인정됨은 명백하다. 즉, 위 각 조항에 대하여 위헌선언이 된다면 그 위헌결정의 소급효로 인하여(헌법재판소법 제47조 제2항 단서), 당해 사건의 피고인에 대해서는 무죄판결을 해야 하게 된다.²⁷⁾

③ 또한 의료법 제61조 제4항도 안마사의 자격인정을 받지 않고 명리를 목적으로 안마행위를 한 자를 처벌하도록 한 같은 법 제67조, 제61조 제1항과 결합하여 무자격자에 의한 안마행위를 처벌함에 있어 그 범죄구성요건의 실질적 내용을 구성하고 있다.

그리고 위헌법률심판이 제청된 법률조항이 법원의 당해 사건 재판에 직접 적용되지 않더라도 그 위헌여부에 따라 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나 당해 재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우, 간접 적용되는 그 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있는 것이다.²⁸⁾

예컨대 헌법재판소는 관세법 제182조 제2항 위헌제청 사건에서 “재판의 전제성과 관련하여 법률조항 중 관련사건의 재판에서 적용되지 않는 내용이 들어 있는 경우에도 그 조항 전체가 위헌심사의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여, 제청법원이 단일 조문 전체를 위헌제청하고 그 조문 전체가 같은 심사척도가 적용될 위헌 심사대상인 경우 그 조문 전체가 심판대상이 된다고 할 것이며,²⁹⁾ 관세법 제182조 제2항과 같이 병렬적으로 적용대상이 규정되어

26) 헌재 1996.10.4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321면; 헌재 1999.9.16. 98헌가6, 판례집 11-2, 228, 235면.

27) 다만, 위 각 의료법 조항에 대하여 위헌선언을 하지 않아도, 법원의 해석권한에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하거나 유죄를 선고할 가능성은 남아 있다.

28) 헌재 2000.10.25. 2000헌바5, 판례집 13-2469, 475면; 헌재 2000.1.27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 71면.

29) 헌재 1995.11.30. 94헌가2 결정 참조.

있는 경우라도 그 내용이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 심사척도가 적용될 위원심사 대상인 경우, 그 내용을 분리하여 따로 판단하는 것은 적절하지 아니하다고 할 것이다. 제정법원이 단일 조항 전체에 대하여 위헌제청을 한 취지도 위와 같다고 보이므로, 제정법원의 이와 같은 의견을 존중하고³⁰⁾ 헌법재판소가 규범통제의 역할을 수행하고 있는 점등에 비추어 보면 이 사건 단일 조항을 함께 판단하는 것은 구체적 규범통제 제도의 취지에 벗어나지 않는다고 할 것이다”고 판시한 바 있다.³¹⁾

또한 예전대, 헌법재판소는 1996. 10. 31. 93헌바14 사건에서³²⁾ 이 사건의 의료법 규정과 동일한 구조로 되어 있는 구 직업안정및고용촉진에관한법률(1967. 3. 30. 법률 제1952호로 제정되고, 1989. 6. 16. 법률 제4135호로 최종 개정된 것, 이하 “직업안정법”이라고만 한다) 제10조 제2항에 대해 재판의 전제성을 인정한 바 있다. 위 사건에서 헌법소원을 제기한 청구인들은 노동부장관의 허가를 받지 않고 유료직업소개사업을 하였다라는 공소사실과 직업안정법 제30조, 제10조 제1항을 적용법조로 하여 기소되었다가 법원에 위헌제청신청을 하였으나 기각되자 위 법률 제10조 제1항 및 제2항이 위헌이라는 헌법소원심판을 청구했다. 이에 대해 헌법재판소는, “청구인들에 대한 공소장에는 적용법조로 직업안정법 제10조 제1항만 기재되어 있고 제10조 제2항은 기재되어 있지 아니하나, 청구인들은 제10조 제1항이 헌법에 위반된다는 중요한 이유로서 제10조 제2항에서 허가요건을 법률로 규정하지 않고 대통령령에 위임을 하고 있는 것이 위임입법의 한계를 벗어나 위헌이라고 주장하고 있으므로, 이 사건에서 제10조 제1항의 위헌 여부는 제10조 제2항의 위헌 여부와 불가분적인 관계에 있다고 할 것이므로 제10조 제2항도 재판의 전제성이 있다고 할 것이다.”고 판시한 것이다.

이 사건에 있어서도 의료법 제61조 제4항이 비록 공소장에 적용법률로 적시되어 있지 않다고 하더라도, 위 조항은 안마사의 자격인정의 구체적 기준이나 요건을 보전복지부령에 위임하여 이 사건 적용법조인 의료법 제67조, 제61조 제1항의 전제조건이 되고 있고 또한 범죄 구성요건의 실질적인 내용이 되고 있는 이상 그 위헌성 여부에 따라 재판의 결과가 달라질 수 있으므로, 위 의료법 제61조 제4항에 대해서도 재판의 전제성을 인정해야 된다고 하겠다.

30) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 결정 참조.

31) 헌재 1996. 11. 28. 96헌가13, 판례집 8-2, 507, 516~517면.

32) 직업안정및고용촉진에관한법률 제10조 제1항 등 위헌소원, 판례집 8-2, 422, 429면.

이처럼 재판의 전제성을 긍정한다고 하더라도 이 사건 의료법 해당 규정에 대해서는 위헌론과 합헌론이 대립할 수 있는데, 이에 관해 살펴보면 다음과 같다.

V. 헌법위반 여부

1. 위헌론

(1) 법률유보 원칙에 관한 일반론

1) 들어가는 말

법률유보(의회유보) 원칙이란 법치국가에 있어 국민의 기본권을 침해하는 국가작용에는 의회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요구된다는 원칙을 말한다. 의회유보 원칙에 관해 우리 헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하면서, 아울러 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고, 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 각 규정함으로써 행정기관으로서 위임입법을 인정하고 있다. 그리고 위 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항 등에 관한 기본적인고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다.³³⁾

그런데, 행정부에 의한 “위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적 추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으니 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이다(헌법 제75조).³⁴⁾

33) 헌재 1998.5.28. 96헌가1 관례집 10-1, 509, 515~516면.

34) 헌재 1993.5.13. 92헌마80, 관례집 5-1, 365, 379면.

2) 침해유보설 및 본질성 이론(중요사항유보설)³⁵⁾

의회유보원칙 내지 법률유보원칙에 있어서 어느 범위의 행정작용에 대해서 까지 법률의 근거가 요구되느냐에 관해서는 침해유보설, 사회유보설, 전부유보설, 본질성 이론(중요사항유보설), 권력유보설 등으로 견해가 갈리고 있으나, 그 중 중요하다고 여겨지는 침해유보설과 본질성 이론에 대해서만 살펴보기로 한다.

우선, 침해유보설은 국민의 자유나 권리를 침해하거나 의무를 부과하는 침해행정의 경우에는 법률의 근거를 요하지만 수익적 행정작용이나 국민의 권리의무와 관련이 없는 행정작용에는 법률의 근거를 요하지 않는다는 주장이다.

이 설은 침해행정에 대해 법률의 근거를 요한다고 할 뿐 일정 사항에 대해서 반드시 법률에서 직접 규정할 것까지 요구하지는 않는다.

중요사항 유보설 내지 본질성 이론은 국가의 행정작용중 공익의 실현이나 국민의 기본권과 관련하여 중요하고 본질적인 것은 반드시 법률적 근거를 요하고, 나아가 국민의 기본권실현과 직접적으로 관련되는 사항은 반드시 의회가 직접 법률로써 규정하여야 하며(의회유보), 이를 법규명령에 위임하여서는 안된다고 한다. 이 이론은 독일 연방헌법재판소의 판례에서 비롯하여 학설로 정립된 것으로 독일에서 폭넓은 지지를 받고 있기는 하나, 본질적인 것의 기준이 불명확하다는 비판도 있다.³⁶⁾

원래 독일에서의 법률유보 이론은 전통적으로 침해유보설을 취해 왔었지만, 2차대전후 법률의 수권의 범위를 넓히고 법률에 의해 행정의 절차와 내용을 구속할 것을 요청하는 경향이 나타났다. 이러한 필요성을 극단적으로 주장하고 나타난 것이 모든 행정작용에는 법률의 근거를 요한다는 「전부유보설」이었다. 그러나 다른 한편 실무상으로는 의회의 부담과중과 변화하는 상황에 대한 의회의 적응능력 부족을 이유로 수권의 명확성 요건의 완화가 요청되었다. 이러한 두 가지의 대립된 이론의 타협이 바로 70년대에 들어서 연방헌법재판소 및 연방행정재판소가 채택한 「본질유보설」이라고 할 수 있다.³⁷⁾

35) 이하는 98헌바70 한국방송공사법 제35조 등 위헌소원에 관한 헌법재판소 이 원 연구관의 1999. 4. 16.자 연구보고서 및 2000헌가4 교육기본법 제8조 제1항 단서 위헌제정사전에 관한 김하일 연구관의 2000. 9. 4.자 연구보고서에 의한 것임.

36) 김성수, 「행정법 I」, 1988, 37면 이하.

37) 이 부분은 주로 大橋洋一, 「法律の留保學說の現代的課題」, 現代行政の行爲形式論, 1993.

본질유보설 또는 본질성 이론을 채택한 연방헌법재판소의 판결은 주로 교육분야에서 내려졌으며, 그 외에 원자력분야나 방송분야 등에서도 이 이론을 채택한 판결이 있다. 그 중 교육분야에 대해 내려진 판결 하나를 들면 다음과 같다.³⁸⁾

이 사건은 대학입학 정수제를 정하는 교육고권을 가진 각 주는 대학법을 제정하였지만 상세한 규정은 행정기관 또는 대학규칙 등에 위임한 것이 문제가 된 사건이다. 헌법소송의 대상의 하나였던 함부르크주 대학법에서는 「입학을 허용하는 지원자의 선발 및 수에 관한 규정도 대학 또는 행정청이 정할 수 있다」라고만 규정하고 있었다.

이에 대해 독일 연방헌법재판소는, 「입법에 의한 규제권한의 위임에 있어서 적어도 적용될 선발기준과 그 상호관계를 스스로 정하는 것이 책임 있는 입법자의 과제로 된다. - 규제가 기본법 제12조 제1항의 기본권영역에 관계되고, 생활기회의 배분으로서 기능하는 경우, 법률 또는 법률에 근거해서만 기본권 영역에의 제한이 허용된다고 하는 유보는, 법치국가적 의회민주주의하에서는 입법자가 기본적 결정에 관해서 스스로 책임을 져야 한다는 것을 의미한다.」라고 판시하였다. 또 「절대적 입학제한명령을 위한 요건 및 적용될 선발기준에 관한 본질적 결정은 입법자 스스로 내려야 한다.」라고 판시하기도 하였다.

침해유보설은 행정작용을 법적 효과면에서 파악하여 「자유 및 재산의 침해」작용은 법률의 근거를 요한다고 하였지만, 그 수권에 있어서 법률이 어떤 형태로 규정해야 하는가 하는 것은 특별히 문제삼지 않았다.

이에 반해 본질성 이론은, 행정작용이 국민의 기본권실현을 위해 본질적인 중요한 사항에 관련된 때 법률적 근거를 요구할 뿐 아니라, 법률 자체에서 행정작용의 요건을 구체적으로 정하도록 요구하고 있다. 이 법률유보 개념은 법률의 수권 뿐 아니라 법률의 규율밀도까지 포섭하고 있다. 그리고 본질적인 사항에 대해서는 의회의 배타적 관할을 인정하고, 그에 관한 사항을 행정권에 위임하는 것을 금지한다.

본질유보설에 있어서 「본질적」이라 함은 「기본권실현에 있어서의 본질적」임을 가리킨다. 이러한 본질성의 구분지표를 구체화한 기준으로 ① 객관적 중요성, ② 사인의 기본권에 대한 규율의 강도, ③ 이해관계인의 범위, ④ 민주적

및 ドイツ憲法判例研究會編, ドイツの憲法判例, 1995,를 참고한 것이다.

38) 1972.7.18. BVerfGE 33, 303.

의사형성과정에 따른 정치적 중요성, ⑤ 국가 및 사인에 대한 경제적 중요성, ⑥ 조직 관리상의 중요성 등이 제시되고 있다.³⁹⁾

한편 연방헌법재판소의 관례에 의하여 침해유보설이 부정되기는 하였으나 침해유보설이 법률유보의 대상으로 했던 '자유 및 재산에 대한 침해'가 본질성 이론에 있어서도 여전히 '본질적' 사항에 해당함은 말할 나위도 없다. 그러므로 본질성 이론은 침해유보설의 대상영역을 확대, 재구성한 것이라고 할 수 있다.

국가의 중요한 결정을 의회가 스스로 하여야 한다고 하는 본질성 이론의 강점은 민주적 정당성을 확보한다는 점에 있다. 즉, 본질성 이론은 기본권 침해 사항에 관하여 법률을 제정할 때, 의회입법절차를 통하여 공개적인 의사를 형성하고, 대립된 여러 이익을 청량하며, 이해관계자 및 야당에 의한 비판 검증을 가능하게 한다. 그리하여 공적 관심이 뜨거운 사안일수록, 정치적으로 중대한 쟁점을 내포할수록 의회유보의 요청이 증가한다.⁴⁰⁾

(2) 법률에 의한 처벌법규 위임의 기준

우리 헌법재판소는, '위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일'이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다고 판시한 바 있다.⁴¹⁾

그리고 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인, '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정된 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정된 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 입법을 위임할 경우에는 국민이 장래 정립된 법규명령의 구체적인 내

39) 大橋洋一, 行政規則の法理と實態, 1989, 96頁 以下.

40) BVerfGE 41, 251(259f); 47, 46(78ff); 49, 89(126ff); 58, 257(268f); 88, 103 (116); Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1990, S.87~88; Stern, *Das Staatsrecht*, Band 1, 1984, S.811~815; Pieroth/Schlinck, *Grundrechte*, 1995, S.71~72; 고영훈, "중요사항 유보", 「단국대학교 법학논총 제19집」, 1993, 489~504면; 유지태, 「행정법신문」, 1998, 53~54면; 홍정선, 「행정법신문(상)」, 1999, 85~86면.

41) 헌재 1991.7.8. 91헌가4, 판례집 3, 341면; 1994.6.30. 93헌가 15, 16, 17(병합), 판례집 6-1, 585면; 1995.10.26. 93헌바62, 판례집 7-2, 428면.

용을 정확하게 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 법규명령의 기본적인 윤곽은 예견할 수 있을 정도로 기본적인 사항들이 법률에서 규정되어야만 하는 것을 뜻한다.⁴²⁾

그리고 처벌법규의 위임요건에 관하여 헌법재판소는, (i) 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, (ii) 둘째, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 하고, (iii) 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시해 왔다.⁴³⁾

이 때 (i) “긴급한 필요성”이란 가변적인 경제적 변화에 대응하여 즉시 그 상황에 상응하는 처벌규정을 마련해야 할 필요가 있는 경우 등을 의미하고, (ii) “미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정”이 있는 경우란 처벌대상 행위의 다양성, 전문성 또는 가변성 등으로 인하여 법률에서 확립적으로 이를 규정할 수 없는 경우 등을 의미한다고 하겠다.⁴⁴⁾

(3) 죄형법정주의의 명확성원칙

죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 처벌규정 자체에서도 범죄구성요건을 정하고 있지 아니하여 금지하고자 하는 행위 유형의 실질을 파악할 수 없도록 하고 있는 경우 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 할 것이다.

(4) 의료법 제61조 제4항의 위헌성

이 사건에서 위헌법률심판 청구의 기초가 된 당해 사건의 가장 큰 쟁점은,

42) 헌재 1993.5.13. 92헌마80, 판례집 5-1, 380면.

43) 위 헌재 91헌가: 93헌가15, 16, 17(병합), 헌재 1997.5.29. 94헌마22, 판례집 9-1, 536면.

44) 제정법원의 위헌제청결정문 6면.

45) 헌재 2000.6.29. 98헌가 10, 판례집 12-1, 741, 748면; 헌재 2001.1.18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 93면.

정상인으로서 스포츠 마사지업을 한 피고인을, 자격인정을 받지 않고 안마사만이 할 수 있는 안마행위를 했다는 이유로 처벌할 수 있는지 여부에 있다. 그러므로 당해 사건에 있어서는 안마사의 자격인정 요건을 정하는 규정이 가장 중요시 될 수밖에 없다. 즉, 안마사 자격을 부여함에 있어 누구에게 그 자격을 부여할 것인지 하는 문제, 곧, 시각장애인에 한해 안마사 자격을 부여할 것인지, 아니면 다른 장애인이나 정상인에게도 그러한 자격을 부여할 것인지에 관한 문제는 직업선택의 자유를 제한함에 있어 본질적인 내용이 된다고 해야 한다. 따라서 그러한 안마사 자격인정요건은 의회유보(법률유보) 원칙을 준수하여 법률에 정해야 하며, 행정부가 임의로 정하는 시행령에 규정하도록 일임해서는 안 된다고 해야 한다. 그 이유를 상세히 풀이 설명하면 다음과 같다.

① 우선 안마사의 자격인정요건 등을 보건복지부령에 위임해야 할 긴급한 필요성이 있다고 보이지 않는다. 특히 안마사의 자격인정 요건에 관한 규정이 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문 개정된 의료법에서부터 현재까지 큰 내용변경 없이 존치되어 왔다는 사정을 감안하면 그 "긴급한 필요성"을 인정하기 어렵다. 그 동안의 많은 경제사정 변동에도 불구하고 안마사의 자격인정요건에 관해 안마사에관한규칙 제3조의 내용이 거의 변경되지 않았던 점이 이를 반증한다고 하겠다.

나아가 안마사의 자격요건에 관한 사항의 규율이 그다지 복잡해야 할 이유가 없으므로 이를 하위법규에 위임하여야 할 부득이한 사정이 있는 경우라고 보기도 어렵다.

② 또한 의료법 제61조 제1항에서 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받을 것을 요구하고 있을 뿐 그 외에 별다른 내용을 규정하지 않고 있고, 같은 법 제61조 제4항 역시 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본적인 사항을 구체적으로 규정하지 않은 채 자격인정의 기준을 보건복지부령에 위임하고 있는바, 이는 적법한 안마행위를 하기 위하여 필요한 자격요건에 대하여 기본적인 내용도 규정하지 않은 것으로, 의료법 그 자체에 의해 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없는 경우에 해당하여, 위임입법의 한계를 일탈한 것이 명백하다.

③ 또한 의료법상 의사, 치과의사, 조산사, 간호사의 면허요건에 대해서는 상세히 규정하고 있는 반면(의료법 제5조 내지 제7조), 오직 안마사의 자격요건에 대해서는 기본적인 내용도 규정하지 않은 채 보건복지부령에 위임하면

서, 무자격자에 의한 안마행위나 무자격자에 의한 안마시술소의 개설을 금지하여 형사처벌까지 부과하는 것은 현저히 불균형하고 불합리하다.⁴⁶⁾

④ 또한 안마사의 자격인정제도에 관하여 규율하고 있는 이 사건 의료법 제 61조 제4항이 헌법 제15조에 의하여 보장되는 국민의 직업선택의 자유를 규율하는 규정임은 의문의 여지가 없다. 그리고 이 사건 위헌법률심판의 전제가 된 당해 사건에 있어서는, 정상인으로서 스포츠 마사지업을 한 피고인의 행위가 과연 위 의료법 규정에 의해 자격인정을 받지 않고 안마업을 한 경우에 해당하느냐가 핵심 쟁점이 되고 있다. 즉, 이 사건 의료법 규정은 국민들의 안마사 직업에 대한 직업선택의 자유를 침해하는 규정일 뿐만 아니라, 정상인에게 안마사 자격을 부여할 것인지, 시각장애인에만 그 자격을 부여할 것인지 하는 문제에 관한 직업선택의 자유의 본질적인 부분에 관련된 조항이라고 할 수 있다. 따라서 의회유보 원칙 준수여부에 관한 판단기준인 침해유보설이나 본질유보설에 의해서도 안마사 자격인정의 대상에 관한 문제는 의회유보 원칙을 준수할 분야라고 해야 한다. 그런데도 위 의료법 조항은 안마사의 자격인정 조건에 관하여 아무런 기준도 설정하지 않고 이를 하위법규인 보건복지부령에 위임하고 있다. 이는, 기본권 제한은 국민에 의하여 민주적으로 정당화된 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 법률로써 하여야 한다는 헌법 제37조 제2항의 법률유보제도의 근본적 취지에 배치되는 것이다.

바꾸어 말하자면, 안마사의 자격인정제도는 원래 국민의 기본적 자유로 보장되고 있는 안마사업에 대한 직업선택의 자유를 법률에 의해 일반적으로 금지시킨 후 그 금지를 전제로 일정한 경우에 일정한 국민들에 한하여 그 제한을 해제하여 적법하게 다시 자유를 향유할 수 있게 해주는 행정행위라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 안마사의 자격인정요건에 관해 아무런 기본적 사항도 정하고 있지 않은 이 사건 의료법 제61조 제4항의 규정에 의하면, 안마사에 대한 직업선택의 자유가 어떠한 요건하에서 어떻게 제한되는지, 바꾸어 말하면 어떠한 요건하에서 어떻게 그 자유행사의 금지가 해제될 수 있는지 여부를 전적으로 입법자가 아닌 행정청이 정할 수 있다는 것이 된다.

그런데 2000. 6. 16. 개정된 보건복지부령 제153호인 안마사에관한규칙 제3조는 기본적으로 앞을 보지 못하는 사람에 한하여 안마사 자격을 부여하고 있다. 그러나 이처럼 앞을 보지 못하는 사람에 한해 안마사자격이 부여된 것

46) 제정법원의 위헌제청결정문, 8면.

이라는 점을 일반 국민들이 이 사건 의료법 제61조 제4항으로부터 예측한다는 것은 거의 기대할 수 없다고 할 것이다. 나아가 의료법의 다른 규정 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아도 국민이 안마사 자격인정에 관한 기본적 윤곽을 이끌어 낼 수 없다고 보인다.

그러므로 입법자는 직업선택의 자유라는 기본권 침해영역을 규율하면서 간접적으로 무자격자의 안마행위에 대한 형사처벌을 위한 구성요건을 정하는 규정의 성격도 가지고 있는 의료법 제61조 제4항에 관해, 입법자 스스로 안마사의 자격인정 요건을 법률로써 규율하거나, 부득이 하위법령에 그 구체적 규율을 위임하는 경우에도 안마사 자격을 부여할 수 있는 대상, 안마사 자격을 인정하기 위해 필요한 교육, 지식, 기능, 시험 등에 관한 대강의 요건이라도 법률로써 정하여야 하며 이를 전적으로 행정기관에 위임해서는 안 된다고 해야 한다.⁴⁷⁾

⑤ 이 사건에 있어 해당 의료법 규정은 안마행위의 개념이나 안마사의 자격인정요건에 대해 명확하게 규정하고 있지 않다. 이에 따라 의료법 제61조 제4항의 위임에 따라 보건복지부령에서 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없고, 나아가 보건복지부령에서 자격인정을 받을 수 있는 자를 자의적으로 정할 우려가 있다. 그리고 그에 의해 구체적인 처벌대상과 범위가 보건복지부령에서 규정하는 바에 따라 달라지게 된다. 따라서 이 사건 해당 의료법 규정은 죄형법정주의에 반한다고 보아야 한다.

⑥ 결론적으로, 안마사의 자격인정 요건은 법률에 구체적으로 정하기에 어려운 사항이 아닐 뿐만 아니라, 이 사건 의료법 제61조 제4항의 위임에 따라 보건복지부령에서 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없고, 보건복지부령에서 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 자의적으로 정할 우려가 있는 점 등에 비추어 위 의료법 규정은 포괄위임에 해당한다고 하지 않을 수 없으며, 보건복지부령에서 이를 어떻게 정하느냐에 따라 구체적인 처벌대상과 범위가 달라지게 되므로 죄형법정주의에도 반한다고 해야 한다. 즉, 국민들을 자의적인 행정입법에 의해 불안정한 상태에 노출시키는 결과를 막기 위해서라도 안마사의 자격인정 요건은 의회가 정한 법률에 정해야 한다고 하겠다.

(5) 위헌론의 결론

결국 이 사건에 있어 의료법 제61조 제4항의 규정은 안마행위의 개념이나

47) 헌재 1996.10.31. 93헌바14, 관례집 8-2, 422, 436면 이하 참조.

안마사의 자격인정요건에 대해 명확하게 규정하고 있지 않다. 이에 따라 의료법 제61조 제4항의 위임에 따라 보건복지부령에서 규정된 내용의 대강을 예측할 수 없고 나아가 보건복지부령에서 자격인정을 받을 수 있는 자를 자의적으로 정할 우려가 있다. 그리고 그에 의해 구체적인 처벌대상과 범위가 보건복지부령에서 규정하는 바에 따라 달라지게 된다. 따라서 이 사건 해당 의료법 규정은 법률유보원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 반하여 위헌이라고 해야 한다.

2. 합헌론의 지지

(1) 위임입법의 한계 준수

1) 들어가는 말

이 사건 의료법 규정은 헌법상 규정된 위임입법의 한계(헌법 제75조)에 위반되지 않는다. 또한 죄형법정주의에 의하더라도 처벌규정의 기본적인 구성요건은 법률에서 규정하고 그 세부적인 사항을 하위법령에 위임하는 것은 가능하다고 할 것이다. 따라서 여기서 영리를 목적으로 한 무자격 안마행위를 처벌함에 있어 영리를 목적으로 한 안마행위를 하기 위해서는 안마사의 자격인정을 받아야 한다고 규정하는 것으로 충분하며 굳이 법률에 안마사 자격인정요건의 대강을 정할 필요는 없다고 해야 한다.

2) 선례 분석

헌법재판소는 이미 1996. 10. 31. 93헌바14 사건에서⁴⁸⁾ 이 사건 의료법 제67조 및 제61조 제1항, 제4항과 동일한 구조로 되어 있는 구 직업안정법(1967. 3. 30. 법률 제1952호로 제정되고, 1989. 6. 16. 법률 제4135호로 최종개정된 것) 제10조 제1항 및 제2항에 대해 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시한 바 있다. 위 사건에서 헌법소원을 제기한 청구인들은 노동부장관의 허가를 받지 않고 유료직업소개사업을 하였다는 공소사실과 직업안정법 제30조, 제10조 제1항을 적용법조로 하여 각 기소되었다가 법원에 위헌제청신청을 하였으나 기각되었다. 그러자 그들은 위 법률 제10조 제1항 및

48) 직업안정및고용촉진에관한법률 제10조 제1항 등 위헌소원, 판례집 8-2, 422, 432면.

제2항이 위헌이라는 헌법소원심판을 청구하였다. 위 사건의 해당 직업안정법 규정은 다음과 같이 되어 있었다.

제10조(유료직업소개사업) ①유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다.<개정 1981·4·8, 1989·6·16>

② 제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.<개정 1989·6·16>

제30조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 1982·4·3, 1989·6·16>

1. 제9조 제1항·제10조 제1항의 규정에 의한 허가를 얻지 아니하고 직업소개를 한 자

위 직업안정법 규정과 이 사건 의료법 규정을 분석해 보면, (i) 벌칙규정인 직업안정법 제30조 제1호가 인용하고 있는 구성요건 해당규정인 제10조 제1항이 "유료직업소개업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다"고만 규정하고 있을 뿐인 점에서, 벌칙규정인 의료법 제67조가 인용하고 있는 구성요건 해당규정인 제61조 제1항이 "안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다."고만 규정하고 있는 것과 동일하고, (ii) 직업안정법 제10조 제1항에 의한 유료직업소개사업자 허가요건은 같은 법 제10조 제2항에 의해 대통령령으로 정하도록 위임되어 있는 점에서, 의료법 제61조 제1항에 의한 안마사의 자격인정요건을 같은 법 제61조 제4항에 의해 보건복지부령으로 정하도록 위임되어 있는 것과 동일하며, (iii) 직업안정법 제10조 제2항에 유료직업소개사업자 허가요건의 대강이 규정되어 있지 않은 점에서 의료법 제61조 제4항에 안마사의 자격인정 요건의 대강이 규정되어 있지 않은 것과 같다. 그러므로 위 직업안정법 규정이나 이 사건 의료법 규정은 그 규정방식이 완벽하게 일치한다고 할 수 있다.

그런데 위 직업안정법 규정에 대하여 헌법재판소는 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다고 판시한 것이다. 또한 직업안정법 제33조 제1항 및 제3항, 제47조의 근로자공급사업에 대해서도 헌법재판소는 그와 동일하게 판시한 바 있다.⁴⁹⁾ 그렇다면 이 사건 의료법 해당규정에 대해서도 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다고 해야 한다. 위 직업안정법위반 사건에 관하여 헌법재판소가 판시한 바와 같이 안마사 자격인정 제도는 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라 금지된 영업의 자유를 회복시켜 주는 것이어서 본래 그 허가기준을 반드시 법률로 정해야 하는 것은 아니기 때문이다.

49) 헌재 1998.11.26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650면.

3) 포괄위임 여부

포괄적인 위임입법이 허용되지 않는 이유는, 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 하고 있는 우리 헌법하에서 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행해야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 안 되기 때문이다.⁵⁰⁾

그런데 의료법 제61조 제1항은 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자적인정을 받아야 한다고 규정하면서 자적인정의 기준을 법률로 직접 정하지 않고 같은 법 제61조 제4항에서 안마사의 자적인정, 그 업무한계 등에 관하여 필요한 사항을 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있다.

이 때, 위임조항인 같은 법 제61조 제4항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적인 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.⁵¹⁾

그런데 다음에서 보는 바와 같이,⁵²⁾ 안마사는 안마의 개념에 대한 일상 언어관념이나 의료법의 규정 자체 및 의료법이나 안마사에 관한 규칙의 시행 역사 등에 의해 자적인정을 받아야만 종사할 수 있는 직업이라는 사실을 누구나 명확하게 인식할 수 있다고 보인다. 그러므로 국민들은 안마사의 자적인정기준에 관해 의료법 제61조 제4항만으로도 위임의 범위 및 한계를 분명하게 인식할 수 있다고 할 것이다. 즉, 영리를 목적으로 안마행위를 하기 위해서는 안마사자격을 얻어야 한다는 점에 관해서는 누구나 쉽게 의료법 제61조 제1항 및 제4항을 보고 알 수 있는 것이다. 그러므로 의료법 제61조 제1항 및 제4항을 들어 포괄위임입법금지 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다.

50) 1995. 7. 21. 선고, 94헌바125 결정, 판례집 7-2, 165면; 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1 등 결정(병합), 판례집 7-2, 591면; 1995. 11. 30. 선고, 94헌바40, 95헌바13 결정(병합), 판례집 7-2, 633면 등 참조.

51) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 59면; 헌재 1995. 11. 30. 94헌바40, 95헌바13(병합), 판례집 7-2, 635면 등 참조.

52) 다음 (2)의 영리를 목적으로 한 안마행위 개념의 명확성 부분 참조.

또한 의료법상 간호조무사(같은 법 제58조 제3항), 전염병예방법상의 방역관(같은 법 제44조 제2항), 유해화학물질관리법상의 유독물관리자(같은 법 제25조 제1항), 소음·진동규제법상의 환경관리인(같은 법 제21조 제5항) 등과 같이 법률에 자적인정요건을 정하지 않고 하위 법규에 구체적인 자적인정요건을 정하도록 위임한 법률규정이 다수 존재하고 있는 점에 비추어 보아도 안마사에 관한 이 사건 의료법 제61조 제4항이 포괄위임입법금지에 위반된다고 할 수 없다. 만약 이 사건 법률규정을 포괄위임입법금지 원칙 위반으로 위헌인 것으로 본다면, 현행법상 상당수의 자격위임 조항들을 모두 헌법에 위반된다고 보게 되어 위임입법의 존립자체를 위협하는 결과를 초래하게 될 것이다.⁵³⁾

4) 처벌법규위임의 한계 준수

죄형법정주의는 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률로써 범죄와 그에 대한 형벌을 정하여야 함을 뜻한다. 그러나 오늘날 범죄의 구체적 내용, 환원하면 구성요건의 일부가 어떤 수 없이 행정부에 위임되는 것은 허용되고 있다.⁵⁴⁾ 그리고 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 처벌법규의 위임기준에 관하여, (i) 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, (ii) 둘째, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상 행위가 어떤 것이리라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, (iii) 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시해 왔다.⁵⁵⁾

이 사건 심판 대상 규정으로 돌아가 위 각 요건을 살펴보면 다음과 같다.

(i) 첫째, ① 우선, 이 사건 의료법 규정의 경우 안마사의 자적인정요건을 하위법규에 정하도록 위임하고 있을 뿐 '안마행위'의 기준이나 구체적인 내용을 보건복지부령 등에 위임하고 있는 것은 아니므로 '안마행위'에 관하여 처벌법규 위임의 문제가 발생할 여지는 없다.

② 그리고 이 사건 의료법 규정이 '안마사의 자적인정요건'을 법률에 규정하지 않고 보건복지부령에 위임할 정당한 사정도 있다고 보인다. 왜냐하면,

53) 이 사건의 이해관계인인 사단법인 대한안마사협회의 대리인이 제출한 의견서, 17면.

54) 헌재 1991.7.8. 91헌가4, 판례집 3, 340면.

55) 헌재 1991.7.8. 91헌가4, 판례집 3, 341면; 헌재 1994.6.30. 93헌가15, 16, 17(병합), 판례집 6-1, 576, 585면; 헌재 1997.5.29. 94헌바22, 판례집 9-1, 536면.

국가의 복지예산 형편이나 시각장애인에 대한 교육시설의 확충정도, 교육과목개발정도, 교육기간 등에 관해 가변적인 요소가 많고, 안마행위 자체도 특수성, 전문성을 갖고 있어⁵⁶⁾ 입법의 효율성이나 법률의 개정가능성에 비추어 국회가 미리 법률로써 안마사의 자격인정요건을 상세히 정하는 것은 어렵다고 보이기 때문이다. 또한 안마행위는, 비록 그 기술적 전문성을 인정할 수 있다고 하더라도 의사, 치과의사, 한의사, 간호사, 조산원 등에 의한 의료행위보다 사회적으로 미치는 영향이 미약하다고 할 수 있는 점에 비추어, 의료법에 안마사의 자격인정요건을 다른 의료인들과 같이 상세하게 규정할 필요도 없다고 하겠다.

(ii) 둘째, 처벌법규를 위입할 때 처벌대상 행위에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단해야 하고, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토해야 한다는 것이 헌법재판소가 제시하고 있는 원칙이다.⁵⁷⁾

그런데 의료법 제1조는 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호, 증진함을 의료법의 목적으로 하고 있다. 나아가 같은 법 제61조 제3항은 안마사에 대해서도 의료인에 대해서와 같이 정신질환자나 금치산자에 대한 결격사유규정(제8조 제1항), 실택과 취업상황 신고의무규정(제23조), 단체의 설립규정(제26조 내지 제29조), 영업소의 개설규정(제30조 제2항 제1호, 제3항, 제6항, 제32조, 제33조), 보건복지부장관 또는 시·도지사의 지도와 명령규정(제48조 제1항), 행정관청에 대한 보고와 업무점사규정(제49조), 시정명령규정(제50조), 영업소 개설허가 취소, 면허취소 및 재교부, 자격정지 등의 규정(제51조 내지 제53조), 행정처분의 기준에 관한 규정(제53조의3), 청문에 관한 규정(제63조의2) 등을 준용하도록 하여, 안마사의 업무종사에 대해 의료인에 준하는 취급을 하고 있다. 그리고 의료인은 그 자격인정을 받아야 의료업무에 종사할 수 있는 것이 기본원칙이다.

56) 사단법인 대한안마사협회의 대리인의 의견서에 의하면, 안마행위는 건강증진, 피로회복 등을 위하여 피부나 근육을 쓰다듬거나(경찰법), 강하게 문지르거나(강찰법), 주무르거나(유념법), 흔들거나(진동법), 두들기거나(고타법), 누르거나(압박법), 늘리거나(신장법), 잡아당기는(전인법) 등의 방법을 이용하게 되고, 이에 따라 안마사들은 전문적인 각종 이론 및 실기의 이수를 자격요건으로 갖추어야 한다. 예컨대 안마사가 되기 위해서는 전문수련기관에서 해부, 생리병리, 보건안마, 마사지, 지압, 전기치료, 한방, 침구 등의 과목을 하루 6시간씩, 2년간 도합 2,000시간을 이수해야 한다.

57) 헌재 1994.6.30. 93헌가15, 16, 17, 관례집 6-1, 576, 588면.

또한 처벌법규인 이 사건 의료법 제67조가 제재의 대상으로 삼고 있는 것은 “시·도지사로부터 안마사의 자격인정을 받지 않은 자”가 영리를 목적으로 안마행위를 한 경우이다. 그러므로, 안마사 자격인정의 요건과 절차에 관해 의료법에서 규정하지 않았다고 하더라도 처벌되는 행위에 대한 예측가능성이 충분히 있다고 해야 한다. 누구라도 시·도지사의 자격인정을 받지 않고 안마행위를 한 이상 처벌받으리라는 점을 의료법 규정 자체에 의해 예측할 수 있기 때문이다.

나아가 다음에서 보는 바와 같이 이 사건 의료법 규정은 범죄의 구성요건인 ‘영리를 목적으로 한 무자격 안마행위’에 대해 그 일상언어관용이나, 의료법 규정자체에 대한 해석, 그리고 안마사자격 인정 역사 등에 의해 그 대강을 국민이 예측할 수 있도록 구체적으로 정하고 있다고 보인다.⁵⁸⁾

결국 이 사건 의료법 규정은 처벌법규 위임의 요건인, ‘처벌되는 행위에 대한 예측가능성’을 충족하고 있다고 하겠다.

(iii) 셋째, 의료법 제67조에 영리를 목적으로 한 무자격 안마행위에 대해 부과되는 형벌의 종류와 범위가 명백히 정하여져 있다.

이상의 점에서 보아 이 사건 각 의료법 규정은 처벌법규 위임에 관해 헌법재판소가 제시한 기준을 충족하고 있다고 할 것이므로 그 한계를 일탈하였다고 하기 어렵다.

(2) 영리를 목적으로 한 안마행위 개념의 명확성

1) 들어가는 말

헌법 제12조 제1항 후문에 규정된 “죄형법정주의”는 법률이 처벌하려는 행위와 그에 대한 형벌을 예견할 수 있게끔 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다.⁵⁹⁾ 즉 처벌규정은 전전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 사람으로 하여금 형사처벌의 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떤 행위를 금지하고 있는지를 알 수 있게 만들어져야 하는 것이다. 그러나 처벌규정이라고 할지라도 입법기술상 어느 정도 일반적인 용어를 사용하는 것은 부득이하다. 그러므로 이렇게 사용된 용어가 당해 법률의 제정목적과 다른 조항과의 연관성 등을 고려하여 합리적인 해석가능성이 있는지를 따져서 명확성 요건을 충족한 것으로

58) 다음 (2)의 영리를 목적으로 한 안마행위 개념의 명확성 부분 참조.

59) 범죄와 형벌에 관한 사형에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의의 명확성의 원칙의 요구와 정합된다. 헌재 1997.9.25. 96헌카16. 판례집 9-2, 312, 321~323면.

판단되면 죄형법정주의 원칙의 위반으로 볼 수 없는 것이다.⁶⁰⁾ 또한 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수도 없다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단해야 하는 것이다.⁶¹⁾

2) 일상용어로서의 명확성

이 사건 의료법 해당규정에서 사용하고 있는 “안마행위”의 개념은 일상 생활에서 보편적으로 사용되고 있는 용어로서 그 개념 내용이 불명확하다고 할 수 없다. 일상 언어관념상 안마는 손으로 몸을 두드리거나 주물러서 피의 순환을 도와주는 일로 인식되고 있기 때문이다.⁶²⁾⁶³⁾

60) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 268면; 헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 808면.

61) 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 18~19면; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27 등 판례집 4, 255, 268~269면; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 733, 748면.

62) 예컨대 두산세계대백과 EnCyber는 “안마(按摩)”를 다음과 같이 설명하고 있다. “근육·관절·내장의 변조를 조정하여 그 기능을 높이며, 신경의 흥분을 가라앉히는 수기요법(手技療法)으로, 의료 보조요법의 하나이기도 하다. 안마는 중국의 황하문화권에서 침(鍼)·구(灸)와 함께 발달한 한방의술의 물리요법의 한 과로 ‘안교도인법’이라 하여 중국·한국(560년경)·일본 등으로 전해졌다. 안교란 피부나 근육을 주물러 그 기능의 향진을 억제하고, 도인은 신체근육을 부드럽게 하며 마디마디를 움직여서 대기를 체내에 도입하는 경락유주법이다. 안마라 하면 흔히 명인을 연상하는데, 그것은 안마의 특수한 손기술이 시력을 잃고 오랜 축삭에 의존해온 생활경험에서 얻은 그들의 적성과 일치하여 ‘안마와 명인’이 불가분의 관계에까지 발전 보급된 것으로 보인다. 그리고 흔히 안마와 마사지를 혼동하는데, 마사지는 서양에서 발달한 구심성의 수기이고 안마는 원심성으로 평하는 차이가 있다. 현재 한국에서는 자격증을 가지고 전문적으로 안마시술을 하는 사람을 안마사라 하며, 안마사는 안마·마사지·지압 또는 전기기구의 사용, 기타 자극방법으로 인체에 대한 물리적 시술을 하도록 되어 있다. 안마는 불면·두통·고혈압, 혈액과 체액의 순환장애, 근육과 관절의 물리적 기능 이상, 각종 신경통과 교감신경의 실조, 그리고 소화기·비뇨기 등의 기능장애 회복에 효과가 있다. 그러나 급성질환으로 열이 높거나 습진·화농상 등의 피부병, 악성종양(암·육종), 중증의 위궤양, 임신했을 때의 복부안마 등은 피해야 한다. 안마를 할 때는 식후 30분 정도 지나서 오줌을 누고, 벨트 등을 풀어 심신이 편안한 상태에서 안마사를 믿고 시술을 받는 것이 좋다.”

63) 현재 우리 사회에는 지압, 수기사, 스포츠마사지, 발관리, 발마사지, 전장관리, 피부관

3) 법률상 개념으로서의 명확성

앞서 본 바와 같이 안마행위의 개념은 일상언어 관념상으로도 명확할 뿐만 아니라 법원의 해석작용에 의해 의료법의 목적이나 무자격 안마행위를 처벌하는 입법목적에 따라 충분히 그 법률적 의미내용을 확정할 수 있으므로 그 개념이 불명확하다고 할 수도 없다.

① 예컨대 보건복지부령인 안마사에관한규칙 제2조는 안마사의 업무한계에 관하여, "안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법에 의하거나 전기기구의 사용 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술행위를 하는 것을 업무로 한다."고 규정하여 안마사가 행하는 안마행위의 개념을 명확히 정의하고 있다. 즉, 이 사건 의료법 규정을 위 안마사에관한규칙 제2조와 합쳐 해석하면 안마행위의 개념이 불명확한 것도 아니다. 그리고 사실 일상용어로 쉽게 이해될 수 있는 안마행위의 개념을 법률에 상세히 규정한다는 것은 입법기술 자체로 보아도 적절하지 않다고 해야 한다.

② 또한, 예컨대, 대통령령인 '의료기사등에관한법률시행령' 제2조 제3호는 "3. 물리치료사는 온열치료, 전기치료, 광선치료, 수치료, 기계 및 기구치료, 마사지·기능훈련·신체교정운동 및 재활훈련과 이에 필요한 기기·약품의 사용·관리·기타 물리요법적 치료업무에 종사한다"고 규정하고 있다. 그러나 물리치료사의 업무로 규정된 업무 중 전기치료, 수치료, 마사지 등은 일상언어관용상 안마의 개념에 포함될 수 있으나, 이는 치료목적의 의료행위로서 위 시행령 제2조 제2항에 따라 의사 또는 치과의사의 지도를 받아 행해야 하는 점에서 안마사가 하는 안마행위와 구별할 수 있다. 이처럼 법률규정이나 그 하위법규, 다른 법률이나 시행령 등에 의해 의료법상의 안마행위 개념을 충분히 확정할 수 있는데도 그 개념이 불명확하다고 할 수는 없다.

③ 나아가 대법원은 "보건복지부령인 안마사에관한규칙 제2조에 정하여진 안마사의 업무한계, 안마의 시술기원, 시술원리, 시술방법, 시술수단, 의료법의 입법목적 등에 비추어 보면, 의료법 제67조에 규정된 '안마행위'라 함은 "국민의 건강증진을 목적으로, 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나, 누르거나, 잡아당기거나, 두드리거나 하는 등의 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과, 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 뭉쳐진 근육을 풀어주는 등에 이

리 등 일상언어관념상 안마행위에 해당하는 행위를 하는 업종종사자들이 있다.

를 정도의 행위'라고 풀이되고, 나아가 같은 법조에 규정된 '영리를 목적으로 한 안마행위'라 함은 영리를 목적으로 한 행위가 '안마행위' 그 자체이거나, 적어도 '안마행위'가 주된 행위라고 풀이함이 상당하다."고 판시하여,⁶⁴⁾ 위 의료법상 안마행위의 개념을 명확히 확정하고 있다.

④ 뿐만 아니라 대법원은 "의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 정형과 기능으로 진찰, 집안, 처방, 무약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는데 그치는 것이 아니라 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이다"고 판시하여,⁶⁵⁾ 안마행위와 의료행위의 구별도 명확히 하고 있다.

⑤ 나아가 모든 무자격 안마행위가 처벌되는 것이 아니라 영리를 목적으로 하는 무자격 안마행위만이 처벌대상이므로, 무자격 안마행위의 개념에 "영리를 목적으로 하는"이라는 수식어를 붙여 그 처벌대상을 명확히 한 것은 오히려 명확성의 원칙에 합치된다고 해야 한다.

⑥ 그러므로 누구든지 자격인정을 받지 않고 영리를 목적으로 "안마행위"를 하면 처벌받는다든 것을 의료법 제67조 및 제61조 제1항, 제4항 자체의 문언에 의해 인식할 수 있다고 할 것이며, 따라서 위 각 의료법 규정이 "안마행위"의 개념을 명확히 정의하고 있지 않다거나 안마사 자격인정 요건의 대강을 정하고 있지 않다는 이유만으로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반한다고 할 수 없다.⁶⁶⁾

4) 법의식의 명확성

앞서 입법연혁에서 본 바와 같이 안마사 제도는 의료법 및 그 시행령에 의해 대단히 오랜 기간 동안 의료행위의 범주에 포함되어 왔다. 그리고, 오랜

64) 대법원 2001.6.1. 선고 2001도1568 판결, 공보 2001.7.15.(134), 1562.

65) 대법원 2000.2.25. 선고 99도4542 판결, 공보2000상, 903, 또한 대법원 2000.2.22. 선고 99도4541 판결도 참조.

66) 헌법재판소는 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조의 한방의료행위에 관하여, "이 사건 법률조항 중 한방의료행위부분은 의료행위와 마찬가지로 비록 법령에 아무런 적극적인 개념정의규정을 두고 있지는 아니하다 하더라도 침시술행위를 당연히 포함하는 것으로서 그 개념 또한 불명확하다고 할 수 없다."고 판시하였다. 헌재 1996.12.26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 797면.

기간 동안 의료법 및 그 시행령은 안마행위를 원칙적으로 자격을 갖추어야 할 수 있는 의료행위로 인식하여 왔다. 뿐만 아니라, 역시 오랜 기간 동안 의료법 및 그 시행령은 안마는 원칙적으로 시각장애인이 할 수 있는 것으로 여겨 왔으며, 무자격 안마행위를 처벌하게 된 것도 20여년 이상의 오랜 역사를 갖고 있다.⁶⁷⁾ 결국 일반인들의 의식에도 시각장애인이 아니면서, 그리고 자격을 얻지 않고 영리를 목적으로 안마행위를 하는 것은 범죄에 해당하여 처벌받는다라는 법의식이 형성되어 있다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 그러므로 의료법 규정 자체만에 의할 때 안마행위의 개념이 불명확하여 국민들이 어떤 행위로 인해 처벌받을 것인지 예측할 수 없다고 주장하는 것은 타당하지 않다.

5) 맺는 말

이처럼 영리를 목적으로 하는 안마행위의 개념은 의료법의 입법목적과 입법연혁 및 하위법령과의 연관성, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 합리적으로 해석가능하며, 대법원의 판례에 의해서도 의료법상의 개념규정이 명확

67) “거기에는 이 사건 법률조항의 입법경위나 입법취지 그리고 이 사건 법률조항이 근 20년의 기간 동안 자동차 등의 연료로 사용가능한 물질 중 그와 같은 용도로 유통시킬 의도로 생산, 판매하는 이른바 가짜 휘발유의 경우에만 적용되고, 그러한 용도가 아닌 단순히 도료용 용제, 희석제 등의 용도로 유통시킬 의도로 생산, 판매 등을 하는 경우에는 비록 그러한 물질이 우연히 자동차 등의 연료로 사용 가능하더라도 적용되지 않는 것으로 하여 유사석유제품의 제조 등의 금지의 의미를 한정해서 해석·적용해 온 그 동안의 법운용의 실태를 아울러 본다면 가령 이 사건 법률규정이 그 해석상 금지행위의 대상이 다소 광범위하다고 판단될 여지가 있다 하더라도 이러한 적용범위의 광범성은 이미 치유되었다고 할 것이다.” 헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6·7(병합), 판례집 13-2, 804, 814면.

68) 이에 관해 보건복지부장관이 제출한 의견서의 <참고자료 5>에 인상적인 기술이 있어 이를 그대로 옮겨 본다. “우리나라의 경우 1973년 의료법에서 안마직종을 국가공인자격으로 확정할 당시 안마, 마사지, 지압 및 전기, 기타 자극요법의 대표명칭을 안마사로 선정하였음. 그러나 무자격 안마행위자들에 의해 1974년 수기사, 1975년 마사지 및 지압사 자격제도, 1979년 요가자격운동, 1980년 활법수기사, 1982년 카이로 프렉터, 1983년 스타하우스, 골드리렉션, 1986년 AT 제도 등등 유사명칭을 사용, 자신들의 불법행위를 합법화하려는 각종 노력이 쇄도하였는데, 그 내용은 기술의 신개발이 아닌 위에서 언급한 바와 같이, 수기요법의 한 방식을 강조, 무자격안마행위를 합리화하려는 의도에서 수시로 이루어졌던 시도였음. 그러므로, 1984년(10. 15. 보건사회부령 제757호) 보건복지부는 이같은 혼란과 정상인에 의한 업권침탈을 막고 시각장애인의 적성을 충분히 고려함과 아울러 열악한 시각장애인의 생존권보호라는 측면에서 당시 안마사제도를 보완, 안마, 마사지, 지압 등의 수기요법과 전기기구의 사용, 그 밖의 자극방법으로 인체에 대하여 물리적 시술을 행함이라고 하였는바, 이 같은 조치는 공인안마사제도를 무자격 안마행위자들의 끊임없는 도전으로부터 힘겹게 버텨 나올 수 있도록 하는데 초석이 되었으며, 유사명칭의 범람 속에서 안마의 정의를 합리적으로 조정하는데 기여하여 왔음”.

히 되었다고 할 것이므로, 형벌법규의 명확성원칙에 반하지 않는다.

(3) 시각장애인과 안마사자격과의 관계

1) 의료법 제61조 제1항 및 제4항의 규정이 너무 광범위하고 모호한 탓으로 인해 시각장애인에 한해 안마사자격을 부여하는 안마사에관한규칙이 제정된 것이 아닌가 하는 문제에 관하여

① 이 문제는 기본적으로 의료법 제61조 제1항 및 제4항의 규정이 포괄위임입법 금지원칙이나 처벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는가 하는 의문에서 도출된다. 그러나 위 각 의료법 규정이 포괄위임입법 금지원칙이나 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 하는 점에 관해서는 이미 본 바와 같다. 즉 안마사자격을 인정받기 위해 구체적으로 어떤 요건을 갖추어야 하는지를 알기 위해 안마사에관한규칙을 읽어보아야만 자격인정을 받지 않고 안마행위를 한 자가 자신이 처벌받는지 안 받는지 알게 되는 것은 아니다. 안마사 자격인정을 받지 않고 형리를 목적으로 안마행위를 한 이상 처벌된다는 점은 위 의료법 제67조 및 제61조 제1항의 규정을 읽어보는 것만으로도 충분히 예견가능하기 때문이다.

② 또한 무자격 안마업자를 처벌하기 위해서는 안마사 업무가 자격인정을 받아야 하는 업무라고 의료법에 규정하는 것으로 족하며, 안마사 자격인정을 받을 수 있는 대상자까지 특정할 필요는 없다고 할 것이다. 즉 일단 법률에서 안마사의 자격인정을 받아야 안마업을 할 수 있는 것으로 규정하고 안마사의 자격인정요건을 정할 수 있는 권한을 행정부에 위임한 이상 위임을 받은 행정부는 시행규칙을 제정하여 안마사 자격인정을 받을 수 있는 대상자를 특정할 권한도 위임받은 것이라고 보아야 한다. 이에 따라 행정부의 장애인 복지 정책 일환으로 안마사의 자격을 장애인에 한해 부여하는 것도 행정부의 정책적 판단에 맡길 일이라고 해야 한다. 특히 장애인 중 시각장애인은 그 장애의 정도가 중할 뿐만 아니라(이른바 중증장애인에 해당함), 그들의 상실된 시각으로 인해 촉각이 발달하여 안마사의 업무를 수행하는데 적합하므로 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하는 합리성도 충분히 인정된다고 할 수 있다. 또한 시각장애인의 경우에는 안마사 이외에 다른 직업을 가지기 어려운 반면, 정상인들은 안마사 자격대상에서 배제되더라도 다른 직업을 얻을 수 있는 점, 가산제나 할당제를 이용하여 안마사 중 일정 비율을 시각장애인에게 보장하여

주더라도 시각장애인의 수(약 13만명)에 비하여 안마사가 될 수 있는 비율이 너무 적어(현 6,500명) 실질적인 보호가 될 수 없고 그에 따라 시각장애인들의 생존권을 위협하게 된다는 점, 시각장애인들의 법익인 생존권과 정상인들의 법익인 안마사에 대한 직업선택의 자유권은 서로 비교할 수 없을 만큼 시각장애인의 생존권이 우선적으로 보호되어야 한다는 점 등에 비추어 보아도 이 사건 안마사에관한규칙의 정책적 타당성을 충분히 인정할 수 있다.

참고로 일본의 최고재판소는 담배사업법상 제조담배 소매판매업의 허가제에 관하여 “그 규제의 목적을 영세소매업자·신체장애자의 보호에 두고 있는 이상, 공공의 복리에 적합한 목적을 위하여 필요하고 합리적인 범위 내의 조치라고 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.”고 판시한 바 있다.⁶⁹⁾

또한 미국의 연방대법원은 장애인을 차별하는 것을 내용으로 하는 입법에 대해 합헌성을 심사할 때에는 이른바 “합리적 근거에 의한 심사기준”(rational basis test)을 적용하여, 장애인차별법이 추구하는 정당한 목적(legitimate ends)을 이루는데 사용된 차별수단이 합리적인 관련이 있는 수단(rationally-related means)이라면 합헌으로 인정된다고 보고 있다.⁷⁰⁾ 위와 같은 미연방 대법원의 합헌성 심사기준을 이 사건 안마사에 관한 규칙에 적용해 볼 때 안마사 자격취득에 있어 시각장애인을 우대하는 것에 위헌적인 요소는 없다고 하겠다. 시각장애인의 생존권을 보장하기 위해 안마사업에 대해 장애인 유보고용정책을 택한 것이기 때문이다. 이러한 적극적 조치(affirmative action)가 시각장애인에게 가해진 사회적 차별을 보상해주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 효과적인 수단임을 고려한다면 이 사건 안마사에관한규칙에 대해서도 쉽사리 위헌이라고 판단하기 어렵다고 하겠다.⁷¹⁾

이에 대해 국가복지정책적 차원에서 시각장애인을 배려한다면 그들에게 사회보험적 성격의 보험금을 지급하면 된다는 견해가 있을 수 있으나, 그저 정부로부터 돈만을 받는 것보다 적극적으로 직업을 갖고 사회활동을 하는 것이 시각장애인들의 직업의식을 고양하고 소외감을 방지할 수 있을 것은 당연하다. 또한 정상인도 장애인이 될 수 있으므로, 장애인, 특히 시각장애인을 우대한다고 하여 정상인에 대한 불합리한 차별이 된다고 보기도 어렵다.

69) 日本 最高裁判所 平成 5. 6. 25. 判決.

70) 안경환, “평등권 - 미국헌법을 중심으로”, 「기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 헌법재판연구, 제6권, 헌법재판소, 1995, 48, 62, 85, 158면 등.

71) 안경환, 전제논문, 151면.

물론, 우리나라의 의료법상 의사 면허 등에 관하여 의료법에서 구체적인 자격인정요건을 규정하고 있는 것이다. 일본에서 안마사의 자격인정요건을 아예 법률자체에서 상세히 규정하고 있는 예 등을 본다면, 안마사의 자격에 관해 법률에서 보다 구체적인 내용을 담는 것이 죄형법정주의나 포괄적 위임입법 금지의 정신에 비추어 바람직한 것으로 보이지만 그러한 내용으로 된 법률을 만들어 시행할 것인지 여부는 입법자의 재량에 달려 있는 문제라고 해야 하며 그러한 입법형식을 취하지 않았다고 하여 이 사건 의료법 조항이 포괄위임 법률로서 위헌이라고 보기는 어렵다고 하겠다.

③ 뿐만 아니라 앞서 입법연혁에서 살펴 본 바와 같이 일제시대부터 현재에 이르기까지 법령의 규정이나 일반 시민의식상 안마는 시각장애인에 한해 자격을 인정하는 제도라고 인식되어 왔다. 이처럼 시각장애인들이 오랜 동안 누려 온 기득권 내지 국가정책에 대한 신뢰를 보호할 필요도 있다.

④ 나아가, 비록 의료법이 아닌 안마사에관한규칙에서 안마사의 자격을 인정받을 수 있는 자를 시각장애인으로 한정한 것이 예컨대 평등원칙을 침해하거나 정상인의 직업선택의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 입론이 가능하다고 할지라도(후술 참조), 이는 어디까지나 행정부의 복지정책에 따른 것이므로 일반법원에서 그 시행규칙 자체의 위헌여부를 판단하거나 문제되는 무자격 안마행위가 과연 의료법상 처벌받는 안마행위에 해당하는가를 해석하여 판단하면 족하고 헌법재판소가 관여하여 그 위헌여부를 심사할 필요는 없다고 보인다.⁷²⁾

그러므로, 예컨대, 요즘 많은 영입소가 설립되어 있고 이 사건 위헌제정의 직접적인 원인이 된 스포츠 마사지 행위가 의료법상 처벌받는 안마행위에 해당하는지 여부는 일반 법원에서 법관이 의료법을 해석하여 결정할 문제이지 헌법재판소가 관여할 문제는 아니라고 할 것이다. 즉, 법원은 스포츠 마사지가 시술부위, 시술원리, 시술의 기원, 자격취득을 위한 교육과정 등에 비추어 안마와는 다른 것으로 판단할 수도 있으므로 굳이 헌법재판소의 위헌판단을 받아야만 당해 사건의 피고인을 처벌하지 않게 되는 것도 아니다.

헌법재판소도, “위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부가 제정한 대통령령

72) 또한 위 안마사에관한규칙에 의한 시·도지사의 자격인정 거부처분이라는 행정처분을 매개로 해서만 국민에 대한 기본권침해가 있게 될 것이므로, 공권력 작용의 직접성이 결여되어 헌법재판소에서 위 안마사에 관한 규칙의 위헌여부를 심사할 수도 없다.

에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성 사이에는 직접적인 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고, 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률조항까지도 위헌으로 되는 것은 아니다"고 여러 차례 판시하여,⁷³⁾ 하위법규의 규정 내용으로 인하여 상위규범인 법률의 위헌여부가 문제될 수 없음을 분명히 하였다. 이 사건에 있어서도 의료법의 하위규범인 안마사에관한규칙이 시각장애인에 한하여 안마사자격을 인정하여 위헌의 의심이 있다는 이유만으로 안마사가 되기 위해서는 자적인정을 받아야 한다고 규정한 의료법 제61조 제1항 및 제4항을 위헌으로 판단할 수는 없다.

⑤ 결국, 이 사건 의료법 규정 및 안마사에관한규칙의 목적이 우리 사회의 현실상 시각장애인의 거의 유일한 생업터전인 안마사 직역을 제대로 유지하는데 있고, 위 규정에 따른 처벌의 대상이 되는 것도 각종 탈법적, 반대적 행위로 경제적 이익을 취하고자 하는 일부 비장애인이란 점을 감안하면,⁷⁴⁾ 이 사건 의료법 규정에 대하여 위헌선언을 하기 어렵다고 보인다. 나아가 이 사건 의료법 규정을 위헌 선언했을 때 일제 시대부터 현재에 이르기까지 오랜 기간 동안 안마사 자격을 독점하여 인정받아온 시각장애인들의 신뢰를 침해하는 것이 된다.

2) 시각장애인에 한하여 안마사의 자격을 얻을 수 있도록 허용하는 것이 평등원칙에 반하거나 직업선택의 자유를 침해하는지 여부에 관하여

이점에 관해서는 ① 제정법원이 위헌의 논거로 삼고 있지 않을 뿐만 아니라, ② 의료법 해당규정 자체에서 시각장애인에 한해 안마사 자격을 부여한다는 규정을 두고 있지 않아 위헌실사의 대상도 되지 않으며, ③ 시각장애인을 정상인보다 차별하여 불리하게 대우한다면 평등원칙에 반할 수 있어도 시각장애인을 정상인보다 우대한다고 하여 불합리한 차별이라고 할 수는 없는 점, ④ 국가에 장애인을 배려할 의무가 있다고 할 것인데(헌법 제34조 제5항), 시각장애인을 배려하는 방법으로 시각장애인에 한해 안마사 자격을 부여하는 수단을 택할 것인지 그 이외의 다른 방법을 이용할 것인지는 입법자의 재량이나 또는 입법자의 위임에 의해 행정부에 맡겨질 수 있는 영역이라고 할 수 있

73) 헌재 1999. 4. 29. 96헌바22·53·75, 97헌바7·39·50·82(병합), 관례집 11-1, 447면; 1996. 6. 26, 93헌바2, 관례집 8-1, 525, 537면; 1997. 9. 25, 96헌바18등, 관례집 9-2, 357, 373면.

74) 사단법인 대한안마사협회의 의견서, 31면.

는 점 등에 비추어,⁷⁵⁾ 안마사에 관한 규칙에서 시각장애인에 한하여 안마사의 자격을 얻을 수 있도록 허용하는 것에 대해 헌법재판소에서 위헌심사를 할 필요도 없고 위헌이라고 할 수도 없다고 할 것이다.

(4) 합헌론의 결론

즉, ① 이 사건 의료법 규정상 처벌받는 안마행위의 개념에 관해 일상언어 관념이나 의료법의 규정에 의해 그 의미내용을 용이하게 특정할 수 있고, ② 안마사의 자적인정요건에 관해서도 미리 법률로써 자세히 정할 필요도 없는 경우에 해당하며, ③ 그 자적인정을 받지 않고 영리를 목적으로 한 안마행위를 하면 처벌하는 점에서 의료법 해당규정에 의해 처벌대상 범위를 명확하게 예측할 수 있다고 할 것이므로, 위 의료법 규정은 포괄적 위임입법 금지 및 적형법정주의의 원칙에 반하지 않는다고 하겠다.

VI. 안마사에 관한 규칙의 위헌 여부

1. 서 설

이 사건 안마사에 관한 규칙이 시각장애인에 한하여 안마사의 자격을 부여하도록 한 것에 대해서도 위헌론이나 합헌론이 대립할 수 있는바, 이는 앞서 본 의료법 규정의 위헌성 문제와는 차원이 다른 문제로서 일반 법원에서 결정될 문제이다.

시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하고 있는 안마사에 관한 규칙 제3조는 스포츠 마사지 자격증 소지자의 헌법상 직업선택의 자유를 제한하고 그에 따라 평등권을 침해하는 것이라고 볼 여지가 있게 된다. 그렇다면 이와 같은 기본권 제한 내지 침해가 허용 가능한 것인지 여부는 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 비추어 심사해야 한다. 이 비례의 원칙이란 입법의 목적이 헌법 및 법률의 제재상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 입법목적 달성을 위하여 선택한 기본권제한의 조치가 필요 최소한도에 그치

75) 장애인복지법 제38조는 장애인에 대하여 국가나 지방자치단체로 하여금 소관 시설내에서 매점운영, 차관기 설치시 우선권을 부여하고, 담배소매인, 국내우표판매업에서 우선적으로 계약을 체결해 주도록 규정하고 있다.

도득 해야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 원칙을 의미한다.⁷⁶⁾

2. 위헌론

(1) 논거

안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 시각장애인에 한정하는 것은 국민 건강의 보호라는 안마사에관한규칙의 제정목적과 상관관계를 인정하기 어려울 뿐만 아니라 시각장애인 아닌 자에 대해 전적으로 안마사의 자격인정을 받을 수 없도록 하는 것은 방법의 적정성이나 기본권제한의 최소화, 나아가 법익균형성 등의 기준에도 반한다고 하지 않을 수 없다.

또한, 안마나 마사지 등 서비스의 수요자인 국민의 입장에서 볼 때 시각장애인에 한해 안마사 자격을 인정하는 것은 정상인에 의한 안마를 받는 것을 선택할 수 없도록 하여 국민의 행복추구권을 침해한다고 해야 한다.

안마사에관한규칙 제3조에서 정한 자격인정 요건은 누구나 안마업무를 행하도록 방임할 때 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 것이 아니라 장애인 중 특히 시각장애인의 보호라는 다른 목적을 위해 이용되고 있어 적절한 제한이 아니고, 장애인 보호는 다른 방법에 의해서도 가능하므로, 절대적·배타적으로 시각장애인에게만 안마사라는 직업에 종사할 수 있도록 보장하는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 이상의 점에서 보아 안마사에관한규칙 제3조는 위헌이라고 해야 한다.

(2) 위헌론의 결론

만약 위헌론의 견해에 따라 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하도록 한 안마사에관한규칙 제3조를 위헌이라고 하게 되면, 누구나 영리를 목적으로 한 안마행위를 할 수 있다고 보아야 한다. 안마사의 안마시술행위는 통상 의료행위라고 할 수 없어 누구나 할 수 있는 행위라고 해야 하며, 따라서 이를 영업으로 하려고 하는 자에게 일정한 자격을 갖추도록 한 의료법 제61조의 규정은 경찰허가 규정이라고 해야 하기 때문이다. 다만 이 사전 규칙 조항을 위헌이라고 선언하는

76) 헌재 1990.9.3. 89헌가95, 관례집 2, 245, 260면.

대법원 판결이 나온다고 하더라도, 그 조항이 적용되어 처벌이 확정된 자가 재심을 통하여 구제 받을 수 있는 제도적 장치는 현재 마련되어 있지 않다.

3. 합헌론의 지지

안마사의 자격을 제한하는 것은 국민의 건강과 관련된 행위에 대해 국민의 건강을 보호증진하기에 적합한 자격을 갖춘 자에 한해 안마업에 종사할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 안마사에관한규칙 제3조의 제정목적의 정당성을 인정할 수 있다.

또한 시각장애인을 포함한 장애인에 대해 정상인보다 우대조치를 취하는 것은 오히려 평등원칙에 합치된다고 해야 한다. 시각장애인은 정상인보다 본질적으로 열악한 상황에 있으므로, 형식적으로 시각장애인을 정상인과 동일하게 취급하는 것이 오히려 평등원칙에 반한다고 해야 한다. 또한 직업선택의 자유도 보다 우월한 보호법익을 위해 제한될 수 있는 것이 헌법원칙이다. 그런데 안마사에 대한 유보고용제도는 시각장애인의 인간다운 생활을 할 권리나 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 관련된 문제로서 정상인의 직업선택의 자유에 비교할 때 서로 비교할 수 없을 만큼 우월한 보호법익이라고 하지 않을 수 없다. 정상인은 안마사 아닌 다른 직업을 선택할 수 있지만 시각장애인이 안마사 이외의 직종에 취업할 수 있는 방법은 매우 제한적이기 때문이다.

또한, 최근 스포츠 마사지사, 건강관리사, 운동 처방사, 경락마사지, 생활건강관리사, 발관리사, 카이로프랙틱사 등의 유사의료행위 내지 유사안마행위가 범람하고 있는데, 이들을 모두 합법화하면, (1) 의료법상의 자격을 갖춘 물리치료사 등 의료기사들은 독립된 업소 개설권을 갖지 못하고 의사의 지도, 감독 하에 치료보조행위만을 할 수 있음에 반하여 단기간의 사실교육과정을 거친 유사안마행위자들은 독립된 업소개설권을 갖게 되어 기존 의료제도를 크게 위협하게 될 것이고, (2) 국민들의 건강을 무면허의료인에게 맡기게 되는 결과가 되어 국가의 의료정책에 반하게 된다.⁷⁷⁾

또한 설령 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정한 안마사에 관한 규칙 제3조가 위헌이라고 하더라도, 안마사 자격인정을 받지 않고 안마행위를 한 이 사건의 피고인을 무죄로 할 수도 없다. 피고인은 위 규칙보다 상위규범인 의료법 제67조 및 제61조 제1항이 요구하는 안마사 자격인정을 받지 않고 영

77) 이 사건 이해관계인인 대한의사협회 및 대한한의사협회의 의견서 참조.

리를 목적으로 한 안마를 하였기 때문이다.

그리고 안마사제도를 도입하게 된 배경과 목적, 안마사 업무의 성격 등을 종합적, 합목적적으로 고려하여 볼 때 이 사건 의료법 규정은 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하다고 판단되지 아니할 뿐만 아니라 시각장애인 보호를 위해 필요한 제한을 하고 있는 것으로서 그 제한이 국민의 평등권, 직업선택의 자유 등을 본질적으로 침해하고 있다고 보아지도 않는다. 결국, 안마사에 관한규칙 제3조는 헌법에 위반되지 않으며 의료법 제61조 제1항 및 제4항에도 위반되지 않는다고 해야 한다.

Ⅶ. 입법론

그러나 무엇보다도 이상에서 검토한 바와 같은 위헌 여부에 관한 논란의 여지가 생기지 않도록 법률과 시행규칙을 정비하는 것이 필요하다고 본다. 즉, 의료법등 법률 규정에 안마사 자격을 인정받을 수 있는 자의 교육기간, 교육과목, 교육기관 등에 관해 상세히 정하고, 정상인 등 시각장애인 아닌 자도 안마사 자격을 인정받을 수 있도록 하되, 시각장애인의 생계유지가 곤란하게 되지 않도록 안마사 교육과정 수료시 일정한 가산점을 부여하거나, 안마사의 자격을 부여받는 사람 중 일정 비율을 시각장애인만으로 하도록 규정하는 것이 타당하다고 하겠다. 특히 명확성의 원칙이나 의회유보의 원칙과 관련하여 위헌의 의심이 없도록 구체적인 안마사의 자격인정요건을 법령에서 직접 규정할 필요도 있다. 그리고 그 입법 참고자료로는 본문에서 소개한 일본의 입법 형식을 활용하는 것이 가장 적절하다고 생각한다.

Ⅷ. 결 론

결국 의료법 제67조 및 제61조 제1항, 제4항은 처벌법규에 관한 위임입법의 한계를 일탈하였다고 할 수 없으며, 처형법정주의의 명확성 원칙에도 위반되지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다고 해야 한다. 이에 관해 헌법재판소는 2003. 6. 26. 선고한 2002헌가16 구 의료법 제67조 등 위헌제청 사건에서, 위 제67조에 대해서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 헌법에 위반되지 않는다고 선고하고, 위 제61조 제1항 및 제4항에 대해서는 재판관 4인의 합헌의

결과 재판관 5인의 위헌의견에 의해 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하여 결국 위 의료법 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 선고한 바 있다.

그리고 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하도록 한 안마사에 관한 규칙 제3조가 정상인의 직업선택의 자유나 평등권을 침해한다는 이유만으로 헌법에 위반된다고 할 수는 없다고 생각된다. 그러나 시각장애인 아닌 사람들도 안마업에 종사할 수 있는 여지를 인정하되, 시각장애인들의 생존권을 보장할 수 있도록 하는 입법조치를 취할 필요는 있다고 하겠다.

**Constitutional Issues
on the System of Licensing Massage Therapist**

Oh, Gidu*

Article 67 of Korean Medical Law states that anyone who performs a massage with intent to receive financial gain without a license, regulated by Section 1 of Article 61, can be punished by not more than 3 years imprisonment, nor more than 10million won fine. Additionally, Section 1 of Article 61 of the statute states that if a person wishes to receive a license as a massage therapist, he or she should receive permission from the mayor or governor of specific area. Section 4 of Article 61 of the law also declares that requirements for qualifying as a massage therapist will be regulated by an ordinance issued by the Ministry of Health and Welfare.

There are several constitutional matters concerning the content and form of this statute. Firstly, there is no concrete standard for qualifying a massage therapist under the law. With the principle of representative, the National Assembly should provide detailed requirements for restricting citizens' fundamental rights. So some suspect that it violates Article 75 of Constitutional Law. Furthermore, some suspect it does not provide any clause to infer the exact meaning of massage.

But the concept of massage is a term in common usage, so ordinary people can easily understand the meaning. The law makers also requested people to receive licenses from the authority concerned if they wish to become a massage therapist. At this point, it cannot be said that this clause of the law is vague or overbroad.

Conclusively I believe the clause of Medical Law or the ordinance made by the executive branch that gives a license to only blind persons is not unconstitutional. But, to wipe out the possibility of challenging it as unconstitutional, the law makers should revise the statute. I suggest that it should write detailed requirements for massage therapists on the face of the statute and a sentence stating the license for that job can be given to blind persons.

* Judge, Constitutional Research Officer