

# A Study to Compare and Examine whether the Acts for Body Art is a Medical Practice

## 신체 장식 목적 시술행위에 대한 의료행위성에 관한 비교·고찰

Kyoung Hee Baek<sup>1</sup>

백경희<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Professor, Law School, Inha University, South Korea, [khbaek@inha.ac.kr](mailto:khbaek@inha.ac.kr)

**Abstract:** Tattooing, semi-permanent makeup, and piercing are acts of decorating the exterior of the body for aesthetic satisfaction and self-expression. In modern times, such acts are widely recognized as fashion items and popular culture. However, due to the nature of the procedure of acts, there is a high risk of infection and hygiene hazards due to invasion into the body. For this reason, the Courts and the Constitutional Court of South Korea have identified tattooing, semi-permanent makeup, and piercing as medical practices that must be performed by medical personnel with medical knowledge and expertise. However, it is difficult to find medical personnel who perform such procedures in South Korea, and there is a gap with legal judgment. In the case of Japan, through the judgment of the Supreme Court in 2020, in the case of tattooing, it was judged that it was not a medical practice, citing that it was an act of artistic expression and that doctors had not performed it. On the other hand, in Japan, semi-permanent makeup and piercing are performed by doctors in medical institutions, and legal judgments are understood as medical practices. Therefore, in this paper, I intend to present the direction of regulation in accordance with the social phenomenon in South Korea by examining the differences between South Korea and Japan in detail about the body art and comparing and analyzing the reasons.

**Keywords:** Tattooing, Semi-permanent Makeup, Piercing, Body Art, Unlicensed Medical Practice

**요약:** 문신시술이나 반영구화장, 피어싱 등의 행위는 심미적 만족감과 자신을 표현하기 위하여 신체 외관에 장식을 하는 행위이다. 현대에는 이러한 시술행위가 패션 아이템이자 대중문화의 하나로 널리 인식되고 있다. 그런데 그 시술의 특성상 신체에 침습을 가하게 되기 때문에 감염이 발생하여 보건위생상 위해가 생길 우려가 높다. 이 때문에 우리나라 법원과 헌법재판소는 문신시술, 반영구화장, 피어싱의 시술행위를 의학적 지식과 전문성을 갖춘 의료인이 수행해야 하는 의료행위로 파악해 왔다. 하지만 우리나라 현실에서 이러한 시술행위를 수행하는 의료인을 찾아보기 어려워 법적 판단과 괴리가 있는 상황이다. 일본의 경우 2020년 최고재판소의 판단을 통하여 문신시술의 경우 예술적 표현행위에 해당하고 의사가 수행해 오지 않았다는 점을 들어 의료행위가 아니라고 판단하였다. 반면 일본에서 반영구화장과 피어싱은 의사가 의료기관 내에서 시술하고 있는 것이 현실이고 법적 판단도 의료행위라 파악하고 있다. 이에 본고에서는 신체 장식 목적 시술행위에 대한 우리나라와 일본의 차이를 구체적으로 알아보고 그

Received: March 03, 2023; 1<sup>st</sup> Review Result: April 18, 2023; 2<sup>nd</sup> Review Result: May 16, 2023  
Accepted: June 30, 2023

이유를 비교 · 분석하여 우리나라의 사회 현상에 부합하는 규제의 방향성을 제시하고자 한다.

**핵심어:** 문신시술, 반영구 화장 시술, 피어싱, 신체 장식, 무면허 의료행위

## 1. 서론

### 1.1 연구의 필요성 및 목적

우리나라에서는 신체에 침이나 바늘을 사용하여 사람의 피부를 찔러 살 속에 염료로 여러 모양을 새겨 넣는 문신(文身)시술 - 타투(tattooing) - 을 비롯하여[1] 눈썹이나 아이라인 부위 등에 문신기법을 통한 반영구 화장 시술(semi-permanent makeup), 귀나 입술 등에 구멍을 뚫고 장신구를 달아주는 피어싱(body piercing)을 의료행위에 해당한다고 보아 의료인이 아닌 자가 위의 시술을 할 경우 의료법 위반 내지 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반으로 형사처벌을 하고 있다. 타투와 반영구 화장 시술은 문신기법을 사용한다는 점에서 동일하지만, 전자는 시술부위가 넓고 예술적 측면이 강조됨에 반하여 후자는 시술부위가 제한적이며 심미적 만족감을 얻기 위한 미용성형의 측면이 강하다는 차이가 있다.[2]

문신시술이나 반영구화장, 피어싱 등의 행위로 신체 외관에 장식함으로써 인간은 심미적 만족감을 얻고 자신을 표현하기도 하며, 더 나아가 현대에서는 새로운 트렌드의 패션 아이템이자 대중문화의 하나로 자리잡고 있어[3] ‘신체 장식’ 혹은 ‘신체예술(body art)’로 파악하기도 한다[4]. 미국의 캘리포니아주는 대표적으로 문신시술, 반영구화장, 피어싱 등의 행위를 신체예술의 범주로 파악하면서 이를 의사가 수행하여야 하는 의료행위로 보지 않는다. 그리하여 캘리포니아주는 ‘안전한 신체예술법(Safe Body Art Act)’이라는 별도의 법률을 통하여 위의 행위를 수행할 수 있는 시술자(practitioner)의 자격과 등록, 허가받은 시설(facility)을 통한 시술에 관한 규제를 하고 있다[4].

일본의 경우 종래에는 우리나라와 같이 문신시술, 반영구화장, 피어싱에 대하여 의료행위에 해당한다고 보아 비의료인이 이를 행할 경우 의사법 위반으로 형사처벌을 하여 왔다. 하지만 2020. 9. 16. 최고재판소 제2소법정 헤이세이(平成) 30년(あ) 제1790호 의사법 위반 사건에서, 문신사가 문신 점포에서 문신시술을 한 행위에 대하여 이는 의사가 수행하지 않을 경우 피부질환 등을 발생하게 할 우려가 있으나 의료 및 보건지도에 속하는 행위는 아니므로 의료행위에 해당하지 않는다는 취지로 판단함으로써[5], 위의 각 행위에 대한 규율이 달라지게 되었다. 즉, 일본은 현 시점에서 문신시술은 더 이상 의료행위가 아니나 반영구화장과 피어싱은 의료행위라고 파악하고 있다.

위와 같이 신체에 장식을 할 목적으로 실시하는 문신시술, 반영구화장, 피어싱의 행위에 대하여 의료행위성을 지니는지에 관하여 각국이 다르게 파악하고 규제하고 있다. 특히 우리나라에서는 헌법재판소에서 2022년도에 문신시술[6] 및 반영구화장[7]과 관련하여 의료법 제27조 제1항 본문 전단이 위헌인지에 관하여 각각 판단을 행하면서 사회적 주목을 받기도 하였다. 또한 일본의 위 최고재판소 결정 이후 우리나라의 하급심 법원도 일본 최고재판소의 영향을 받아 미용학원에서 눈썹문신과 같은 반영구 화장의 시술행위는 '질병의 예방·진찰과 치료 및 보건지도의 목적'이 있다거나 '의료인이

하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위'에 해당한다고 보기 어려워 의료행위가 아니라고 판단하기도 하였다[8]. 특히 해당 하급심 법원에서는 의료행위의 요건으로 '질병의 치료행위 범주'에 속할 것을 요구되어야 함을 강조한 바 있다.

그러므로 본 연구의 목적은 향후 신체 장식 목적 시술행위에 대하여 우리나라의 사회 현상에 부합하는 규제의 방향성을 제시하는 것으로, 연구의 내용은 각각의 신체 장식 목적 시술행위에 대하여 우리나라와 일본의 의료행위성 관련 규제와 판례의 태도가 어떠한 차이가 있는지 알아보고 그 이유를 비교하고 분석하는 것이다.

## 1.2 선행연구에 대한 검토

문신시술과 반영구화장에 대하여는 우리나라에 대법원 또는 헌법재판소의 판단이 여러 차례 있었기 때문에, 이에 대한 평석이나[2] 그 의료행위성과 관련된 다수의 논문이 발표되었다[1][9]. 또한 일본의 법제와의 비교[10], 위 최고재판소 결정에 대한 평석에 관한 선행연구도 적지 않다 [11-13].

그러나 우리나라와 일본의 의료행위에 대한 논의를 비의료인의 신체 장식 목적 시술행위를 문신시술, 반영구화장, 피어싱을 나누어 법적 규제와 사회적 현상을 비교하고, 그로부터 의료행위성을 분석한 선행연구는 존재하지 않는다. 그리고 일본 최고재판소가 의료행위의 새로운 개념 요소로 제시한 '의료관련성'을 우리나라에서 비의료인의 신체 장식 목적 시술행위와 관련된 무면허 의료행위를 판단할 때 도입할 것인지에 대한 학계의 선행연구도 이루어진 바 없기에, 이에 대한 점검이 요청된다.

## 2. 연구방법

본 연구의 방법은 문헌연구로 신체 장식 목적 시술행위의 규제 방향성을 제시하기 위하여 선행연구와 보고서, 대법원 판례, 헌법재판소 결정, 일본 최고재판소 결정 등 각종 자료를 참고하여 진행하였다. 특히 우리나라는 대법원과 헌법재판소에서 신체 장식 목적 시술행위의 의료행위성 여부를 각각 판단해 왔기 때문에, 그 판단의 흐름에 대해서도 시간의 순서대로 살펴보고 다수의견에 대한 반대의견의 논의도 정리하고자 한다.

본 논문의 구성은 3장에서 신체 장식 목적 시술행위와 관련하여 한국과 일본의 규제, 사회 현상, 판례 등의 태도를 세부항목으로 나누어 비교해 보고, 4장에서 그 내용을 분석하여 결론을 제시하려고 한다.

## 3. 법제 및 판례 비교

### 3.1 비의료인의 무면허 의료행위에 대한 법제 비교

#### 3.1.1 한국의 경우

우리나라 의료법(시행 2023. 3. 5., 법률 제17787호, 2020. 12. 29., 일부개정) 제27조 제1항은 '의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.'고 규정하고 있다. 그러므로 의료인이 아닌 자인 비(非)의료인이 의료행위를 하거나 의료인일지라도 자신의 면허된 범위 외의 의료행위를 할 경우 무면허 의료행위에 해당한다. 동조항을 위반할 경우 의료법 제87조의2 제1항

제2호에 의거 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

만약 무면허 의료행위를 영리 목적으로 업으로 한 경우 부정의료업자가 되며, 보건범죄단속에 관한 특별조치법(시행 2017. 12. 19., 법률 제15252호, 2017. 12. 19., 일부개정, 이하 ‘보건범죄단속법’이라 한다) 제5조에 의거하여 무기 또는 2년 이상 징역에 처하면서 100만원 이상 1천만원이하의 벌금도 병과되는 가중처벌을 받게 된다.

### 3.1.2 일본의 경우

일본 의사법(医師法, 平成三十年七月二十五日 公布,平成三十年法律第七十九号 改正) 제17조에서는 ‘의사가 아닐 경우 의업(医業)을 하여서는 안된다’고 규정하여, 비의료인의 무면허 의료행위를 금지하고 있다. ‘의업(医業)’은 의사의 의학적 판단 및 기술로 하지 않으면 인체에 위해를 끼치거나 위해를 초래할 우려가 존재하는 의료행위를 반복하여 계속하겠다는 의지를 갖고 실시하는 것을 의미한다[14].

동규정을 위반한 때에는 의사법 제31조 제1호에 따라 3년 이하의 징역 또는 1백만엔 이하의 벌금에 처하게 된다.

[표 1] 무면허 의료행위에 대한 처벌 규정

[Table 1] Punishment Regulations for Unlicensed Medical Practice

구분	한국	일본
법률	의료법 제27조 제1항 보건범죄단속법 제5조	의사법 제17조
내용	- 의료법의 경우, 의료인이 아닌 자 및 의료인의 면허된 것 이외 의료행위 금지 - 보건범죄단속법의 경우, 1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위, 2. 치과의사가 아닌 사람이 치과의료행위를 업으로 한 행위, 3. 한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위의 금지	의사가 아닌 자의 의업 금지
법정형 (法定刑)	- 의료법의 경우, 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금 - 보건범죄단속법의 경우, 무기 또는 2년 이상의 징역에 처하면서 100만원 이상 1천만원이하의 벌금	3년 이하의 징역 또는 1백만엔 이하의 벌금

## 3.2 법적 판단의 주요 내용

### 3.2.1 법원과 헌법재판소의 태도

우리나라 대법원은 의료행위에 대하여 기존에는 “질병의 예방 또는 치료를 위한 행위”로 좁게 파악하여 미용성형수술의 경우에는 의료행위에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다가[15], 전원합의체 판결로 의료행위는 “의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것”이라고 하면서 “미용성형수술에 해당하는 코높이기 수술이 의료기술의 시행방법으로 행해지고 코 절개 과정이나 연골 삽입융합과정에서 굳이 침입할 위험성이 있으므로 그 방법이나 행위 태양을 감안할 때 이것이 질병의 치료행위 범위에 있다고 볼 수 있다.”고 견해를 변경하였다[16]. 이후 대법원과 헌법재판소는 의료행위를 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이

행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 실시하여 그 외연을 확장하였고[17][18], 이에 따라 신체 장식을 목적으로 하는 시술행위는 의료행위로 해당한다고 보아 비의료인이 이를 수행할 경우 무면허 의료행위로 처벌하는 견지하고 있다.

먼저 문신시술에 대하여 헌법재판소는 “바늘을 이용하여 피부의 완전성을 침해하는 방식으로 색소를 주입하는 것으로, 감염과 염료 주입으로 인한 부작용 등 위험을 수반한다. 이러한 시술 방식으로 인한 잠재적 위험성은 피시술자뿐 아니라 공중위생에 영향을 미칠 우려가 있다. 심판대상조항(의료법 제27조 제1항 본문)은 의료인만이 문신시술을 할 수 있도록 하여 그 안전성을 담보하고 있다.”고 하여 문신시술은 의료행위에 해당한다고 파악하였다. 또한 헌법재판소는 같은 사건에서 “심판대상조항의 일차적 의도도 보건위생상 위해 가능성이 있는 행위를 규율하고자 하는 데 있으며, 심판대상조항에 의한 예술의 자유의 제한은 문신시술업이라는 직업의 자유에 대한 제한을 매개로 하여 간접적으로 제약되는 것이라 할 것인바, 직업선택의 자유 침해 여부를 판단하는 이상 예술의 자유 침해 여부에 대하여는 판단하지 아니한다.”고 하여 문신시술 자체에 예술의 자유의 의미를 부여하지 않았다.[7]

다음으로 고객들의 눈썹 또는 속눈썹 부위의 피부에 자동문신용 기계로 색소를 주입하는 방법으로 눈썹 또는 속눈썹 모양의 문신을 하여 준 반영구화장에 대하여 대법원은 “그 시술방법이 표피에 색소를 주입함으로써 통증도 없고 출혈이나 그 부작용도 생기지 않으므로 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 위험이 발생할 염려가 있는 행위라고 볼 수 없어 의료행위가 아니라고 본 원심판결은 과연 표피에만 색소를 주입하여 영구적인 문신을 하는 것이 가능한지 및 그 시술방법이 어떤 것인지를 가려 보지 않았고 작업자의 실수 등으로 진피를 건드리거나 진피에 색소가 주입될 가능성이 있으며 문신용 침으로 인하여 질병의 전염 우려도 있는 점을 간과함으로써 범리오해, 채증법칙 위배, 심리미진 등의 위법이 있다.”고 하여 반영구화장의 의료행위성을 부정한 원심을 파기하였고[19], 헌법재판소도 “(문신시술의) 이러한 시술 방식으로 인한 잠재적 위험성은 피시술자뿐 아니라 공중위생에 영향을 미칠 우려가 있고, 문신시술을 이용한 반영구화장의 경우라고 하여 반드시 감소된다고 볼 수도 없다.”고 하여 심판대상조항(의료법 제27조 제1항 본문 전단)은 명확성원칙이나 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들(문신시술 혹은 반영구화장시술을 직업으로 하고 있거나 예정인 자들로 구성되어 있었음)의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다[7].

마지막으로 피어싱의 경우 대법원이나 헌법재판소의 판단은 없으나, 하급심 법원에서 의료행위에 해당한다고 판시하였다. 즉, 의사가 아닌 피고인이 “(피해자의) 오른쪽 귀를 소독용 솜으로 소독하고 날개로 밀봉된 일회용 바늘을 소독용 에탄올로 소독한 다음 바늘 앞쪽의 뾰족한 부분에 후시딘 연고를 바르고 바늘의 뒤쪽 구멍 부분에는 피어싱 귀걸이를 끼운 뒤 위 바늘로 박희정의 오른쪽 귀 귓볼과 연골 부분을 찔러 구멍 2개를 뚫은 것”을 비롯하여 불특정 다수에 대하여 비용을 받고 유사한 행위를 한 것은 영리 목적의 의료행위를 업으로 한 것이라고 보았다[20].

### 3.2.2 일본 최고재판소의 태도 변화

일본 최고재판소는 기존에 의료행위를 “질병의 치료 내지 예방 목적과 같은 의료 및 보건지도에 속한다는 의료관련성이 있어야 하는 것은 아니며, 의사가 행하지 않으면

보건위생상 위해를 야기할 우려 있는 행위”로 개념을 정의하여 왔다[11]. 이와 같은 최고재판소의 태도에 대하여 일본의 학계에서는 의료행위의 개념이 너무 추상적이고, 간접적·소극적 위험만으로 의료행위에 해당되므로 다른 의료 유사 행위와의 경계가 모호해진다는 비판을 받아왔다[21][22]. 이후 최고재판소는 서론에서 언급한 문신사의 문신시술행위(タトゥー施術行爲) 사건에서 의료행위의 개념 정의를 새롭게 변경하였다. 즉, 최고재판소는 의료행위는 “의료 및 보건지도에 속하는 행위 중에서, 의사가 하는 것이 아니면 보건위생상 위해를 야기할 우려 있는 행위를 일컫는다고 함이 상당하다.”고 하였는데, 일본 학계에서는 이를 의료행위의 개념 지표에 ‘의료 및 보건지도에 속한다는 의료관련성’이 추가되는 것으로 재설정된 것으로 일반적으로 이해하고 있다[23].

문신사의 문신시술행위에 대하여 최고재판소는 2020. 9. 종전의 견해를 변경하여 의료 및 보건지도에 속하는 것이 아니어서 ‘의료관련성’이 부정되므로 의료행위가 아니라고 보았다[24]. 따라서 현 시점에서 문신사가 문신시술을 하는 행위는 더 이상 의사법 제17조 위반으로 처벌받지 않고 있다.

다음으로 일본에서는 반영구 화장에 대하여 ‘아트 메이크업(アートメイク)’으로 칭하며 문신시술과 구별하고 있었다[25]. 일본에서는 아트 메이크업이 의료행위인지 여부에 대하여 최고재판소가 판단한 사례는 없으나 하급심인 도쿄지방법재판소는 아트 메이크업은 의료행위에 속한다고 하였다. 그 이유에 대하여 도쿄지방법재판소는 “본건 행위는 바늘로 피부를 찔러서 피부조직에 손상을 주어 출혈을 야기할 뿐만 아니라, 의학적 지식이 충분하지 않은 사람이 수행하는 경우 화농균, 바이러스 등에 감염되어 간염 등의 질환에 걸리게 할 위험이 있고, 또한 색소를 피부 내에 주입함으로써 인하여 염료 자체의 성분을 원인 물질로 하는 알레르기 등의 위험을 야기하는 동시에, 색소 내에 존재하는 혐기성 세균 등에 감염될 위험이 있고, 또한, 여러 번 피부에 연속적인 자극을 주어 상처를 입으면 그 진피에 유상피육아종(類上皮肉芽腫)이라는 병변을 일으키는 것도 지적되고 있으므로, 본건 행위는 의사가 아닌 자가 하는 것에 의하여 인체에 대해서 위와 구체적인 위험을 주는 것은 분명하다.”고 한 바 있다[26].

마지막으로 일본에서 피어싱이 의료행위인지 여부에 관한 직접적인 재판례는 없다고 하지만, 의사가 아닌 자가 수행하는 피어싱(ピアス)도 의사법 제17조 위반인 무면허의업죄로 검거하여 처벌하고 있다. 또한 구(舊) 후생성 및 후생노동성으로부터 발행되는 행정 문서의 유권해석에 의하면, 의사가 아닌 자가 기구로 귀에 구멍을 뚫고 귀걸이를 장착하는 행위에 대해서 의사법 위반이라고 판단한 바 있다[25].

[표 2] 신체 장식 목적 시술행위에 대한 의료행위성 판단

[Table 2] Comparison of Judgments Regarding Whether Body Art Is a Medical Practice

구분	한국	일본
의료행위 정의	“의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”	“의료 및 보건지도에 속하는 행위 중 의사가 하는 것이 아니면 보건위생상 위해를 일으킬 우려가 있는 행위”
문신시술	의료행위	의료행위가 아님
반영구 화장 내지 아트 메이크업	의료행위	의료행위
피어싱	의료행위	의료행위

### 3.3 신체 장식 시술행위에 대한 사회적 수용도 비교

사회현상을 통해 알아볼 수 있는 국민의 인식에 연관된 사회적 수용도는 전술한 바와 같이 우리나라 대법원이나 일본 최고재판소가 의료행위와 무면허의료행위를 구분하는 중요 요소로 파악하고 있기 때문에, 이에 관한 비교가 필요하다.

#### 3.3.1 한국의 경우

문신시술과 반영구화장 모두 문신기법을 통하여 이루어지고 있지만, 우리나라의 현실에서 양자를 시술하는 주체는 다른 것으로 파악된다. 전자의 경우 문신사(Tattooist)가 도안이나 글자를 신체에 주로 시술하고 있고[27], 후자의 경우 미용업소에서 눈썹이나 입술에 시술하는 경우가 더 많은 것으로 나타나고 있다[28]. 한편 피어싱의 경우 앞서 언급한 판례에서와 같이 장신구를 판매하는 업체나 미용업소에서 시술이 이루어지는 사례가 문제되고 있다[29].

#### 3.3.2 일본의 경우

일본에서는 문신시술이 2020년 최고재판소의 결정으로 인하여 의료행위가 아니라고 하였는데, 그 이유에 대하여 최고재판소는 “문신시술행위는 장식 또는 상징적 요소, 예술적 의의가 존재하고 사회적 풍속으로 받아 들여져 온 것으로, 의료 및 보건지도에 속하는 것으로 간주하지 않았던 것이다. 또한 의학과 달리 문신시술행위는 미술 등에 관한 지식과 기술을 요구되는 행위로, 의사 면허를 취득하는 과정에서 그 지식과 기술을 습득하는 것은 예정되어 있지 않고, 역사적으로 오랜 기간 동안 의사의 면허 없이 문신사가 이를 수행해 온 실정이 있어서, 의사가 독점하였다는 상태는 상정하기 어렵다.”고 하였다.

하지만 아트 메이크업의 경우 여전히 의사가 의료기관 내에서 시술하여야 하는 의료행위이며, 현실에서도 피부과나 성형외과 클리닉에서 의사가 염료와 문신용 의료기기를 활용하여 아트 메이크업을 시행하고 있다. 2020년 최고재판소 결정의 원심이었던 오사카 고등재판소에서는 아트 메이크업의 개념과 성격, 문신시술과의 차이점을 사회적 수용도, 즉 사회통념에 의거하여 자세히 실시한 바 있다. 즉, 오사카고등재판소는 “아트 메이크업 개념은 반드시 통일되지는 않으나, 미용의 목적이거나 타박상, 얼룩, 화상과 같이 눈에 띄는 부분을 감추려는 목적으로, 눈썹, 아이라인, 입술 부위에 색소를 부착시킨 바늘로 색소를 주입하는 시술로 미용성형의 개념에 포섭될 수 있다고 생각되어, 아트 메이크업은 미용성형의 범주로서 의료행위로 판단된다. 따라서 의료관련성이 전혀 인정되지 않는 문신시술행위와 아트 메이크업을 동일하게 논의할 수는 없다”고 하여 양자를 구분하였고, 그 이유에 대하여 “그 차이는 사회통념에 기인한 것인바, 아트 메이크업은 개인적·주관적 고민을 해소함으로써 심신 모두 건강하고 원활한 사회생활을 영위하려는 욕망을 추구하는, 심미적 목적을 지니는 미용성형시술의 일부로 판단하는 반면, 문신시술행위는 그러한 의료와의 관련성 없이 오히려 미술적 의의가 있는 사회적인 풍속으로 이해되는 것이 타당하기 때문”이라고 밝혔다[30].

일본에서는 피어싱 또한 의료기관에서 의사가 의료용 드릴을 사용하여 피어싱을 수행하고 있는 양상을 띠고 있다[25].

[표 3] 신체 장식 목적 시술행위에 대한 사회적 수용

[Table 3] Social Acceptance of Body Art

구분	한국	일본
문신시술	문신사가 문신업소에서 시술	문신사가 문신업소에서 시술
반영구 화장 내지 아트 메이크업	미용사 등이 미용업소에서 시술	의사가 의료기관에서 시술
피어싱	비자격자가 장신구업체에서 시술	의사가 의료기관에서 시술

#### 4. 결론

신체 장식 목적 시술행위인 문신시술, 반영구화장, 피어싱에 대하여 우리나라는 의료인이 아닌 자가 이를 수행한다면 무면허 의료행위로 처벌하고 있다. 이는 대법원과 헌법재판소가 의료행위의 범주를 넓게 파악하고 있기 때문이며[30], 이 때의 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려’는 “추상적 위험으로도 충분하므로, 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 아니하였다고 해서 보건위생상의 위해가 없다고 할 수는 없다.”고 보기 때문이다[31]. 하지만 우리나라의 현실은 헌법재판소나 대법원의 판단과 달리 국민들의 사회적 수용도 측면이나 문신시술, 반영구화장, 피어싱을 의사 등 의료인이 거의 수행하고 있지는 않는 측면을 볼 때, 양자 사이에 괴리가 존재한다.

한편 일본의 경우 기존에는 우리나라와 동일하게 문신시술, 반영구화장, 피어싱에 대하여 의료행위로 파악하여 왔고, 실제에 있어서는 이 중 반영구화장과 피어싱은 의료기관에서 의사가 실시하고, 문신시술의 경우 의사가 아닌 문신사가 수행하여 왔다. 이러한 사회적 수용도를 반영하여 일본은 2020년도 최고재판소의 판단을 통하여 문신시술은 의료행위에 해당하지 않는다고 하여 종래의 견해를 변경하기에 이르렀다.

우리나라에서도 일본에서 2020년도 최고재판소 결정의 영향을 받아 의료행위의 개념 요소에 ‘의료관련성’ 요건을 추가함으로써, 문신시술이나 반영구화장의 경우 현실에 맞게 의료행위에서 배제하여야 한다는 하급심 법원의 판단이 등장하였고 그 논의가 진행 중에 있다.

그러나 우리나라에서 무면허 의료행위를 처벌하는 취지가 “의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 하고 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있으므로 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편, 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 하는 것에 목적”이 있고[32], 의료행위의 개념에는 이미 ‘의료행위에 대한 고도의 전문적 지식과 경험’, ‘의학상의 기능과 지식을 가진 의료인’이라는 부분이 강조되고 있어서 ‘의료관련성’ 요건이 이미 내재되어 있다고 볼 수 있다. 또한 일본의 경우 최고재판소에서 문신시술을 의료행위에서 배제하게 된 근본적인 이유도 문신시술이 지니는 예술성과 의사가 문신시술을 시술해 오지 않은 사회적 수용도 등을 고려하였다는 점에서 비롯되었다는 점에 주목할 필요가 있으며[23], 우리나라의 1974년 전원합의체 판결에서 질병의 치료 목적이 없는 미용성형수술을 의료행위에 포함하면서 언급한 “의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것”이라는 문구 역시 같은 맥락이라고 이해할 수 있다.



따라서 우리나라에서 대법원과 헌법재판소가 제시한 의료행위의 개념을 변경하거나 추가 요건을 다시 설정하는 방법 보다는 현실에서 일반 국민들이 신체 장식 목적 시술행위에 대하여 느끼는 사회적 수용도와 보건위생상 위험도에 따라 구체적 사건에서 개별적으로 의료행위에 해당하는지 여부를 판단하여야 할 것으로 생각한다. 우리나라의 경우 문신시술, 반영구화장, 피어싱 모두 사회적 수용도에 비추어 의사가 의료행위로 수행하고 있지는 않지만, 해당 시술 자체가 지니는 보건위생상 위험이 결코 적다고 보기는 어려우므로 의료행위성을 부정하기는 어렵다고 보인다. 다만, 헌법재판소의 반대의견에서 실시한 바와 같이[6][7] 문신사나 피어싱업자에게 “의료인 자격까지 요구하지 않고도, 안전한 문신시술에 필요한 범위로 한정된 시술자의 자격, 위생적인 문신시술 환경, 도구의 위생관리, 문신시술 절차 및 방법 등에 관한 규제와 염료 규제를 통하여도 안전한 문신시술을 보장”하는 방법을 설정할 수는 있다고 생각한다. 즉, 의료법에서 자격인정과 관련한 규정을 마련하고 있는 ‘안마사’제도(동법 제82조)와 같이 신체 장식 목적 시술에 대하여도 법적 제도화를 통하여 운영하는 것이 합당하다고 사료된다. 한편 우리나라에서 반영구화장의 경우 문신업소와 미용업소에서 이루어지는 실정을 고려할 때, 문신사에 대한 제도 규율 혹은 공중위생관리법의 미용사면허를 통한 규율 여부를 논의할 수 있을 것이다.

## References

- [1] J. H. Kim, The invasiveness of tattoo and unlicensed medical practice, *Korean Criminological Review*, (2007), Vol.18, No.3, pp.165-200.  
UCI: G704-000901.2007.18.3.035
- [2] Y. J. Shim, K. H. Baek, The meaning of the decision of the Constitutional Court of Korea (2017 Hun-ma 1343) and the trends and implications after the decision of the Supreme Court of Japan on tattooing, *Korean Journal of Medicine and Law*, (2022), Vol.30, No.1, pp.47-67.  
DOI: <http://dx.doi.org/10.17215/kaml.2022.6.30.1.47>
- [3] S. H. Kim, D. H. Shin, A Study on the Current State and the Necessity of Institutionalization of Tattooing for Beauty Purposes, *Journal of Convergence for Information Technology*, (2020), Vol.10, No2, pp. 201-210.  
DOI: <https://doi.org/10.22156/CS4SMB.2020.10.02.201>
- [4] S. M. Moon, Current status and implications of the US legal system related to body arts such as tattoos, *Analysis of Foreign Legislation and Policies*, National Assembly Research Service, pp.1-7, (2021)  
Available from: <https://www.nars.go.kr>
- [5] Supreme Court of Japan Decision 2018 (a) No. 1790, Defendant Violation of Medical Practitioners Act, Pronounced September 16, (2020)  
Available from: [https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/717/089717\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/717/089717_hanrei.pdf)
- [6] Constitutional Court Decision 2022 HeonBa3 (Pronounced July 21, 2022)
- [7] Constitutional Court Decision 2017HeonMa1343, 2019 HeonMa993, 2020 HeonMa989, 1486, 2021 HeonMa1213, 1385 (Pronounced March 31, 2022)
- [8] Cheongju District Court Decision 2020GoJeong825 (Pronounced October 19, 2022)
- [9] Y. J. Shim, S. H. Lee, Critical Review and Alternatives to the Decriminalization of Tattooing, *The Korean Society of Law and Medicine*, (2022), Vol.23, No.1, pp.149-176.  
DOI: <https://doi.org/10.29291/kslm.2022.23.1.149>
- [10] Y. S. Park, A Constitutional Study on the Regulation of Tattooing in Japan, *Kangwon Law Review*, (2019), Vol.56, pp.

285-325.

DOI: <https://doi.org/10.18215/kwlr.2019.56..285>

- [11] K. H. Baek, S. E. Kim, A study on the boundary between beauty service and medical practice, *Journal of Consumer Policy Studies*, (2020), Vol.51, No.3, pp.53-80,  
DOI: <https://doi.org/10.15723/jcps.51.3.202012.53>
- [12] Y. S. Park, A study on 'Medical practice' in relation to the regulation of tattooing from a legal point of view, *Public Law Journal*, (2021), Vol.22, No.4, pp.87-114.  
DOI: <https://doi.org/10.31779/plj.22.4.202111.004>
- [13] Yutaro Mieno, The Significance of "Medical Actions" and the Framework for Judging Applicability, *Bukkyo University Sociology*, (2021), Vol.72, pp.81-102.  
Available from: <https://archives.bukkyo-u.ac.jp/rp-contents/SO/0072/SO00720L081.pdf>
- [14] Interpretation of Article 17 of the Medical Practitioners Act, Article 17 of the Dentist Act, and Article 31 of the Public Health Nurses, Midwives and Nurses Act (notice), July 26, 2005, Health Policy Issue No. 0726005, Health and Welfare to Prefectural Governors Notification of Director General of Health Policy Bureau, Ministry of Labor  
Available from: [https://www.mhlw.go.jp/web/t\\_doc?dataId=00tb2895&dataType=1&pageNo=1](https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tb2895&dataType=1&pageNo=1)
- [15] Supreme Court Decision 72Do342 (Pronounced March 28, 1972)
- [16] Supreme Court Decision 74Do1114 (Pronounced November 26, 1974)
- [17] Supreme Court Decision 2017Do10007 (Pronounced December 29, 2022)
- [18] Constitutional Court Decision 2016 HeonBa322 (Pronounced October 27, 2016)
- [19] Supreme Court Decision 91Do3219 (Pronounced May 22, 1992)
- [20] Ulsan District Court Decision 2015GoDan2682 (Pronounced January 8, 2016)
- [21] Satoko Tatsui, Considering the concept of medical practice -Is tattooing a medical practice?-, *Rikkyo Hogaku*, (2018), No.97, pp.253-285.  
Available from: [https://rikkyo.repo.nii.ac.jp/?action=repository\\_action\\_common\\_download&item\\_id=15928&item\\_no=1&attribute\\_id=18&file\\_no=1](https://rikkyo.repo.nii.ac.jp/?action=repository_action_common_download&item_id=15928&item_no=1&attribute_id=18&file_no=1)
- [22] Ryo Amano, Reexamination of the concept of medical practice, *University of Tokyo Law School review*, (2013), Vol.8, pp.3-19.  
CRID: 1520572358702996992
- [23] Katsuyoshi Ikuta, Crime and Acts, Society, Legal Interests, and Legal Relations (1) -Considering the Relativity of Crime Types in Response to the Supreme Court of Japan Decision in the Tattoo Case-, *Ritsumeikan Hogaku*, (2022), No.401, pp.106-141.  
DOI: <https://doi.org/10.34382/00017551>
- [24] S. E. Kim, K. H. Baek, Regulatory Direction of Tattooing Practice in Korea - According to the comparison and analysis of bills and legislation regarding tattooists around the world -, *Science, Technology and Law*, (2021), Vol.12, No.2, pp.1-34.  
DOI: <https://doi.org/10.34267/cbstl.2021.12.2.1>
- [25] Akimasa Ono, Invasion by a non-doctor for the purpose of body decoration and the crime of practicing medicine without a license, *Setsunan Hogaku*, (2019), No.56, pp.1-15.  
Available from: <https://core.ac.uk/download/pdf/230302635.pdf>
- [26] Tokyo District Court Decision(Pronounced March 9, 1990)
- [27] UPI News, Tattooist, do you know the job code '42299?', (2023)  
Available from: <https://www.upinews.kr/newsView/upi202303080116>
- [28] K. Y. Nam, A Study on Tattoos and Civil Liability, *Dankook Law Riview*, (2012), Vol.36, No.2, pp.447-469.  
DOI: <https://doi.org/10.17252/dlr.2012.36.2.017>
- [29] Jeonbuk Ilbo, Urgently preparing countermeasures against illegal earrings and piercings for non-medical people,

(2022)

Available from: <http://www.jeollailbo.com/news/articleView.html?idxno=676058>

[30] Osaka High Court Decision 2017 (u) No. 1117 (Pronounced November 14, 2018)

Available from: [https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/686/088686\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/686/088686_hanrei.pdf)

[31] Constitutional Court Decision 2003 HeonBa71 (Pronounced April 26, 2007)

[32] Supreme Court Decision 2017Do19422 (Pronounced June 19, 2018)