현대 의료기기의 사용과 한의사의 면허 범위

- 서울행정법원 2016. 6. 23. 선고 2015구합68789에 대한 평가 -

박 덕 봉* · 명 순 구**

▶ 목 차 ◀

【사안의 개요】

I. 사실관계

II. 재판의 경과

【평 석】

I. 문제의 소재

II. 우리나라 의료인 면허 제도의 역사와 특징

1. 근대적 의료인 면허 제도의 도입

2. 의료인 면허제도의 특징

III. 한의사의 현대 의료기기 사용에 관한 종래 판례의 입장

1. 주사기

2. 영상의료기기

3. 광선조사기(IPL, Intense Pulsed Light)

4. 안압측정기·자동안굴절검사기·세극등현미경·자동시야측정장비·청력검사기

5. 물리치료

IV. 의료행위의 개념 설정과 한방의료 행위의 판단 기준

1. 의료행위 개념의 가변성

2. 한방의료행위의 개념

3. 연구대상판결의 검토

V. 맺음말

* 제1저자(고려대학교 대학원 법학과 박사과정)

** 교신저자(고려대학교 법학전문대학원 교수)

【사안의 개요】

I. 사실관계

A는 한의사면허를 받아 대구에서 한의원을 개설하여 운영하였다. 2012년 6월 11일 해당 지역 보건소는, 의료기관 지도점검 과정에서 A가 엑스선 골밀도측정기(GPA-1000)를 2007년 3월 21일에 설치하여 내원하는 환자들에게 성장판 검사를 한 사실이 있다는 취지의 확인서를 작성·제출하였다. 2012년 11월 29일 대구지방검찰청은 성장판 검사 행위가 한의사 면허로 허가된 것 이외의 의료행위에 해당한다는 이유로 A에게 의료법 위반죄에 관하여 기소유예 처분을 하였다. 2015년 5월 4일, 보건복지부장관은 A의 성장판 검사 행위가 “의료인이 면허된 것 이외의 의료행위를 한 경우”에 해당한다는 이유로 의료법 제27조 제1항, 제66조 제1항 제10호, 의료관계행정처분규칙 제4조 [별표] 행정처분기준 1. 공통기준, 라. 1) 및 2. 개별기준 가. 19)에 의하여 A의 한의사면허 자격을 1개월 15일 동안 정지한다는 처분을 하였다.

II. 재판의 경과

A는, 엑스선 골밀도측정기를 사용하여 성장판 검사를 한 행위가 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하지 않으며, 설령 면허 외 의료행위에 해당한다 하더라도 보건복지부장관의 한의사면허 자격정지처분은 재량권을 일탈·남용한 것이므로 이를 취소해 달라는 취지로 서울행정법원에 소를 제기하였다.

A의 주장은 다음과 같다.

① 한의사들은 한의과대학의 교육과정에서 생리학, 영상의학 등에 관한 전문교육을 받고 있고, 한의사시험에서도 위 과목들을 검증하도록 하고 있다. 또 2011년 개정 「한의약 육성법」 제2조 제1호는 “우리의 선조들로부터

전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위” 외에 “과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”까지 ‘한의학’으로 규정한다. 이러한 점을 고려할 때, 한의사가 각종 진단용 의료기기를 사용하더라도 한의학적 지식과 경험에 따른 변증의 과정을 거쳐서 환자의 증상을 진단한 후 이에 적합한 한의학적 치료방법을 선택하여 처방을 내린다면 이는 한방의료행위에 해당한다.

② 이 사건 행위가 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위의 범위를 벗어난 것이라고 하더라도 현행 의료법 체계상 한의사의 면허 범위를 벗어나는 것인지 여부에 관하여 명확한 법규정이 없는 상황에서 A에게 면허 이외의 의료행위를 한다는 명확한 인식이 없었던 점, A가 사용한 골밀도측정기는 최대 동작부하의 총량이 10mA/분 이하로 방사선으로 인한 위험이 매우 경미한 점 등에 비추어 이 사건 처분은 지나치게 가혹하다.

그러나 2016년 6월 서울행정법원은 다음과 같은 이유를 들어 A의 청구를 기각했다.¹⁾²⁾

① 우리나라 의료 체계는 서양의학과 한의학으로 나뉘어 있다. 의료법에 의하면 보건복지부장관의 면허를 받은 의사나 한의사도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다(『의료법』 제27조). 이 사건 기기를 사용하여 성장판 검사를 한 것은 해부학적으로 뼈의 성장판 상태를 확인하여 성장의 가능성이 있는지를 진단하기 위한 것으로, 여기에 한의학적 진단 방법이 사용되었다고 보기 어렵다.

② 『의료법』 제37조의 위임에 따른 『진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙』 제10조 제1항, [별표 6]이 2010년 1월 22일 이전에는 안전

1) 서울행정법원 2016. 6. 23. 선고 2015구합68789 판결. 아래에서는 ‘연구대상판결’로 표현함.

2) 이보다 앞서 2016년 5월 서울행정법원은 유사한 사안에 대하여 같은 취지로 판단했다. K 한의사는 2005년 5월 23일부터 2007년 4월 23일까지 38명의 환자를 상대로 1038번에 걸쳐 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도 측정기를 사용하여 성장판 검사를 했으며, 이에 대해 법원은 의료법 위반을 이유로 유죄 취지의 판결(선고유예)을 했다. 한편 보건복지부는 해당 한의사에 대해 자격정지 2개월 처분을 내렸는데, 이에 대해 K 한의사가 제기한 면허 자격정지 취소 소송에서 서울행정법원은 한의사의 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도 측정기를 사용하여 발뒤꿈치 등의 성장판 검사를 한 것에 대해 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위라고 판단하면서 K의 청구를 기각했다(서울행정법원 2016. 5. 26 선고 2016구합55287 판결).

관리책임자를 두어야 하는 의료기관에 한방병원이나 한의원을 아예 포함시키지 않았고, 위 규칙이 2010년 1월 22일 보건복지가족부령 제156호로 개정되면서 안전관리책임자를 두어야 하는 의료기관에 한방병원을 포함하였으나 이는 「의료법」 제43조 제2항에 따라 한방병원이 의사를 두어 진료과목을 추가로 설치·운영하는 경우에 한정하고 있어 진단용 방사선 발생장치에 관한 규정인 「의료법」 제37조 제1항에서 말하는 ‘의료기관’에는 의사가 없는 한방병원이나 한의사는 포함되지 않는 것으로 해석함이 타당하다.

③ 이 사건 기기의 주당 최대 동작부하 총량이 10mA/분 이하에 해당하여 위 규칙에서 정한 각종 의무가 면제된다고 하더라도, 그 의무의 면제 역시 종합병원, 병원, 치과병원, 별도로 의사를 둔 한방 병원 등 원래 안전관리책임자 선임 의무 등이 부과되어 있는 의료기관을 전제로 한 것이므로, 이를 근거로 한의사가 주당 최대 동작부하의 총량이 10mA/분 이하인 진단용 방사선 발생장치를 사용할 수 있다고 해석하기는 어렵다.

④ 2011년 개정 「한의약 육성법」에서 말하는 “과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”에 이 사건 기기를 사용하여 성장판 검사를 하는 것이 포함된다고 단정할 수 없기 때문에, 위와 같은 법률의 개정이 있었다는 이유만으로 이 사건 행위가 한의사의 면허 범위 이외의 의료행위에 해당하지 않는다고 보기는 어렵다.

또한, 서울행정법원은 처분관청의 재량권 일탈·남용에 대해서도 다음과 같은 이유로 A의 청구를 기각하였다.

“한의학과 서양의학은 그 학문적 기초가 서로 달라 학습과 임상이 전혀 다른 체계에 기초하고 있으므로 자신이 익힌 분야에 한하여 의료행위를 하도록 하는 것이 필요하며, 훈련되지 않은 분야에서의 의료행위는 무면허 의료행위와 달리 평가할 이유가 없다. 따라서 이 사건 행위의 위법성이 작다고 할 수 없으므로, 이 사건 처분이 원고에게 지나치게 가혹하여 비례의 원칙을 위반하였다고 보기는 어렵다.”

【평 석】

I. 문제의 소재

『의료법』은 ‘의료인’을 “보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사”로 정의한다(제2조 제1항). 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없으며 의료인이라도 자신이 받은 면허 외의 의료행위를 할 수 없다(『의료법』 제27조 본문). 그런데 『의료법』에는 각 의료인의 면허 범위를 정하는 규정이 존재하지 않는다. 의료인의 자격과 면허에 관하여 규율하는 『의료법』(제2장 제1절)은 제5조부터 제7조에서 각 의료인이 면허를 받을 수 있는 자격을 명시하고, 제12조에서 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”을 ‘의료행위’라고 정의할 따름이다. 의료인에 대한 정의 규정인 의료법 제2조 역시 제2항 각 호에서 의료인의 종별에 따른 임무를 언급하고 있을 뿐이어서 각 의료인의 면허범위는 법해석에 맡겨져 있는 상황이다.

의료인의 면허 범위 외의 의료행위로서 가장 문제되는 경우가 바로 한 의학과 서양의학이 충돌하는 영역이다.³⁾ 우리나라는 전통적인 의학기술인 한의학과 외국에서 들어온 서양의학을 다른 진료행위로 구분하므로, 한의사는 의사의 영역에 속하는 의료행위를 할 수 없고 의사는 한의사에 속하는 의료행위를 할 수 없다.⁴⁾ 그런데 최근 의료기술의 발달로 한의학과 서양의학의 진료 기술 및 방법이 서로 접근하면서 양자의 한계를 명확히 구분하기 힘든 경우가 자주 발생하고 있다.⁵⁾ 그 중 빈번히 문제되는 사안이 한의사가

3) 치과의사의 치의학 영역 이외의 의료행위, 조산사와 간호사의 독자적 의료행위도 의료인의 면허 범위 이외의 의료행위로서 문제된다. 이에 대하여는 都奎燁, “無免許 醫療行為의 不法性에 관한 研究”, 成均館大學校 一般大學院 法學科 博士學位論文, 2013, 18~20면 참조.

4) 이경환·김만오·한선우, “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 2011, 128면; 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 釜山大學校 『法學研究』 第51卷 第3號, 2010, 187면.

5) 김나경, “의료의 질학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”,

영상의료기기를 사용하는 경우이다. 특히 초음파 기기의 경우 한의사가 이를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 치료행위를 하는 것은 한의학 지식이나 방법에 기초한 것이 아니므로 한의사에게 면허된 의료행위로 보기 어렵다는 두 차례의 헌법재판소 결정⁶⁾ 이후에도 논란이 계속되었다.⁷⁾ 연구대상판결은 이러한 사회적 맥락 속에서 나온 것이다.

위와 같은 인식을 토대로 다음에서는 우리나라 의료인 면허 제도의 역사와 특징(II), 한의사의 현대 의료기기 사용에 관한 종래 판례의 입장(III), 의료행위의 개념 설정과 한방의료행위의 판단 기준(IV)을 차례로 살펴보면서 연구대상판결의 의미를 평가해 보기로 한다.

II. 우리나라 의료인 면허 제도의 역사와 특징

연구대상판결의 사안은 형식적으로는 국가와 원고(한의사) 간의 분쟁이지만 실제에 있어서는 의사와 한의사라는 두 의료인 사이의 면허범위에 관한 분쟁이다. 이와 같은 분쟁은 우리나라 의료인 면허제도의 특성에 기인하는 것인데, 연구대상판결의 의미를 이해하기 위한 전제로서 우리나라 의료인 면허 제도의 역사와 특징에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

1. 근대적 의료인 면허 제도의 도입

‘의료인’에 대한 면허의 법적 성질은 법이론상 허가에 해당한다.⁸⁾ 즉 법

『법철학연구』 제13권 제1호, 2010, 166면; 이경환·김만오·한선우, 앞의 논문 “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 129면; 장연화, 면허외 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임, 『刑事判例研究』 제20권, 2012, 564면.

6) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 결정 및 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398 결정을 말하는 것으로 이 결정에 대해서는 후술한다.

7) 이는 방사선을 이용한 진단기구나 자기공명영상 장치 등은 한의사의 면허범위로 보기 어렵다는 취지의 판결 이후 형사 사건화되는 경우가 많지 않은 점과 대비된다(장준혁, “무면허의료행위에 대한 형사법적 쟁점”, 『의료법학』 제15권 제1호, 2014, 36면).

8) 대법원 1998. 3. 10. 선고 97누4289 판결 참조.

규에 의한 일반적·상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 일정한 사실행위 또는 법률행위를 적법하게 할 수 있도록 해주는 것으로서 주관적 요소를 심사 대상으로 삼는 대인적 허가의 하나로 이해된다.⁹⁾ 한편 의료인 면허는 진입 규제가 강력하다는 점에서는 특허와 성격이 비슷한데, 강력한 사후감독을 전제로 하는 특허와 달리 높은 자율성이 보장된다는 특징이 있다.¹⁰⁾

의료인 면허 제도가 탄생하기 전에는 동서양을 막론하고 누구나 의료행위를 할 수 있었다.¹¹⁾ 1803년 프랑스에서 의료인의 자격을 규정하는 최초의 법률을 제정하였고, 1858년 영국은 의료법을 제정하여 의사에게 의료행위에 대한 독점권을 부여하는 한편, 자격이 없는 사람에 의한 의료행위를 금지하기에 이른다.¹²⁾

우리 역사상 최초의 의료인에 대한 자격 규정은 1900년 1월 2일 대한제국이 반포한 「醫士規則」, 「藥劑士規則」, 「藥種商規則」이다.¹³⁾ 이들 규칙은 의료인에 대한 자격 요건과 인허 절차 그리고 진료행위 등을 규정하여 종래 관습적으로 분리·혼재되어 활동하던 의료인들을 의사·약제사·약종상으로 나누어 각각의 성격을 부여하였다.¹⁴⁾ 이들 중 「醫士規則」 제1조는 의료인의 핵심이라고 할 수 있는 의사에 대해 “의학을 慣熟히야 天地運氣와 脈候診察과 內外景과 大小方과 藥品溫涼과 針灸補瀉를 통달히야 對症投劑하는 者”

9) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2009, 277~280면.

10) 선정원, “의료직업의 규제”, 『行政法研究』 제26호, 2010, 350면.

11) 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제”, 『의사학』 제19권 제2호, 2010, 386면.

12) 여인석·박윤재·이경록·박형우, “한국 의사면허제도의 정착과정”, 『醫史學』 제11권 제2호, 2002, 138~139면.

13) 대한제국의 보건의료체제는 ‘작고참신(酌古參新)’이라는 새로운 원칙을 반영한 것으로 평가된다. 이는 옛 것을 근본으로 하고 새 것을 참작한다는 ‘구본신참(舊本新參)’이라는 종적 개념과 달리, 전통적인 것과 외래적인 것을 대등하게 다룬다는 뜻과 의지를 함축하는 횡적 개념이었다. 이에 따라 대한제국은 기존 한의약 취급자를 근대적인 면허 제도의 틀에서 관리하고자 했다(황상익, “한의학과 서양근대의학의 만남”, 『역사비평』 1998년 11월호, 116면).

14) 이러한 의료인에 대한 규정은 종래 진료와 처방을 주로 하는 醫員, 약의 조제 및 투약을 주로 하는 主簿, 그리고 약의 판매를 담당하는 藥商이라는 조선의 전통적 구분 방식에 따라 이루어진 것이었다(朴潤裁, “韓末·日帝 初 近代的 醫學體系의 形成과 植民 支配”, 延世大學校 大學院 史學科 博士 學位論文, 2002, 62~63면).

라고 규정하였는데, 이는 종래의 의료 인력을 염두에 둔 것이다. 반면 『醫士規則』 제2조는 의과대학과 약학과 졸업장을 가지고 국가에서 주관하는 시험을 통과한 사람을 의사로 규정하고 이들 외에는 의료행위를 금지하였는데, 이 규칙이 반포될 당시에는 그에 부합하는 의사가 존재하지 않았으므로 이는 장차 배출될 미래의 의사에 대한 규정이었다.¹⁵⁾ 전통 의료 인력을 정식 의사로 규정하는 한편, 향후 배출될 서양 의사도 고려하여 규정한 것이다.¹⁶⁾

1913년 11월 15일 조선총독부는 『醫師規則』, 『齒科醫師規則』과 함께 『醫生規則』을 반포하였다. 서양의학을 시술하는 의료인만을 가리키는 용어로 ‘醫師’를 사용하는 한편, 전통 의학을 시술하는 의료인에게는 ‘醫生’이라는 용어를 사용하기 시작한 것이다.¹⁷⁾ 전통 의학을 배제하고 서양 의학 중심의 의료 체도를 확립하고자, 현재 활동하는 전통 의료 인력에 대해 의생 자격을 부여하지만 한의사에 대한 공식적인 재생산기관의 설립을 허가하지 않음으로써 의생 면허를 한시적인 제도로 운영하고자 하는 의도에서였다.¹⁸⁾ 그런데 역설적으로 『醫生規則』은 이질적인 배경을 갖고 있어 정체성을 형

15) 여인석·박윤재·이경록·박형우, 앞의 논문 “한국 의사면허제도의 정착과정”, 141면.

16) 1899년 3월 24일에 공포된 『醫學校 官制』에 따르면 의학교는 한의학과 서양의학을 모두 배우는 교육기관으로 설계되었는데, 교직원엔 교장 1인(우두시술법을 전파한 지석영), 교관 3인(한의학에 능통한 경태협, 일본에서 산학을 공부한 남순희, 서양의학을 전공한 일본인 고조 바이케이), 서기 1인으로 구성되었다. 같은 해 7월 5일에 공포된 『醫學校 規則』은 의학생의 선발에서 졸업·면허획득까지 전 과정을 규정했는데, 입학자격은 중학교 졸업생 이상이며 졸업시험에 합격해야 졸업장과 동시에 의술개업 인허장을 받을 수 있었다(『한국의학사』, 신규환·박윤희 집필 부분, 대한의사협회 의료정책연구소, 2012., 229면).

17) 여인석·박윤재·이경록·박형우, 앞의 논문 “한국 의사면허제도의 정착과정”, 147면.

18) 여인석, “조선 개항 이후 韓醫의 動態”, 『東方學志』 제104호, 연세대학교 국학연구원, 1999, 307면. 『醫生規則』이 반포된 뒤 1년 동안 면허 등록을 한 의생의 수는 5,879명이었는데 해방 무렵에는 그 수가 1,000명 미만으로 줄어들었으며, 일제 강점 초 100명 가량이었던 조선인 의사는 해방 당시 3,000여 명으로 증가하였다(황상익, 앞의 글 “한의학과 서양근대의학의 만남”, 119면). 일본의 경우 1875년 의사국가고시제도를 만들면서 전통의학인 화한의학을 배제하였으며, 1879년 의사면허규칙을 개정하면서 서양의학만 면허 대상으로 하였다(선정원, 앞의 논문 “의료직업의 규제”, 353면). 일본은 대만에서도 중의사 고시를 1901년에 폐지하면서 전통 의학을 도태시키려고 하였으나, 현재 대만은 한국처럼 중의사(中醫師) 자격을 의사와 분리하여 인정하고 있다(김동수·최병희·이현지·권수현·권영규, “대만 중·서 의 의료이원화 현황에 관한 연구”, 『동의생리병리학회지』 제28권 1호, 2014, 10면).

성하기에는 어려운 점이 많았던 전통 의료 인력들이 동일한 자신들의 정체성을 형성할 수 있는 계기가 되었다.¹⁹⁾

해방 후 미군정은 기존의 醫生만을 인정할 뿐 향후 의생 배출을 금지한다는 방침을 세웠고, 의생시험은 물론 약종상시험도 실시하지 않았다.²⁰⁾ 대한민국 정부 수립 후 의대 교수들이 장차관에 임명된 보건부²¹⁾ 역시 1944년 9월 14일에 조선총독부가 공포한 이래로 계속 적용 중인 「朝鮮醫療令」²²⁾을 대체할 법률로 「의사 및 치과의사법」을 제출하여 의도적으로 한의학을 무시하였으나, 이 법안은 제헌국회 본회의에 상정되지 못하고 문교사회위원회에서 폐기되었다.²³⁾ 한국전쟁 중이었던 1951년 제2대 국회는 의사와 치과의사를 제1종, 한의사를 제2종, 보건원·조산원·간호원을 제3종 의료업자로 규정한 「國民醫療法」을 통과시켰다. 전쟁으로 의료기반이 파괴된 상황에서 한의학을 폐지한다면 농어촌 지역에 의료 공백이 나타날 가능성이 높았기 때문이었다.²⁴⁾²⁵⁾

-
- 19) 만약 「醫士規則」에서와 같이 전통 의료 인력을 서양의학을 배운 의사와 같은 범주로 취급하였다면 전통 의료 인력들은 서양 의료 체계로 자연스럽게 흡수되어 갈 가능성이 컸다(여인석·박윤재·이경록·박형우, 앞의 논문 “한국 의사면허제도의 정착과정”, 150면). 중국의 경우 교육과정에서는 의과대학과 구별되는 중의약대학이 존재하나, 의사 면허 제도는 통합되어 있고 그 전공이 의학·중의학·중서의결합 등으로 세분된다(선정원, 앞의 논문 “의료직업의 규제”, 358면).
- 20) 박윤재, 앞의 논문 “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 352면.
- 21) 미군정은 보건후생부 아래 보건국과 후생국을 두고 보건 분야에 위생·약무·의무 등 9개과, 후생 분야에 행정정책·일반구제·복지기관 등 7개과를 설치하면서 전염병 예방과 구호후생 등 보건행정을 최우선 정책으로 삼았다(앞의 책 『한국의학사』, 박윤재·신규환 집필 부분, 305면). 1948년 새로 수립된 정부는 보건행정을 사회부 산하에 소속시켰지만, 대한의학협회 회원들이 정부와 국회에 보건부 독립안을 건의한 결과 1949년 7월 보건부가 사회부에서 독립했다(앞의 책 『한국의학사』, 박윤재·신규환 집필 부분, 309면). 반면, 한의학이 서양의학과 다르므로 한의학을 관리하는 독립된 부서를 만들어 달라는 한의사들의 요구는 받아들여지지 않았다(김정화, “의료전문직 출현의 사회적 역동성 - 한의사를 중심으로”, 『보건과 사회과학』 제38집, 2015, 252면).
- 22) 개별적으로 존재하던 의료관련 규칙을 하나의 법령으로 모은 것으로, 일본이 1942년에 제정한 「國民醫療法」과 유사한 성격이었다(여인석·박윤재·이경록·박형우, 앞의 논문 “한국 의사면허제도의 정착과정”, 151면).
- 23) 박윤재, 앞의 논문 “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 355~358면.
- 24) 박윤재, 앞의 논문 “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 369면.
- 25) 「國民醫療法」은 의료시설의 부족을 해결하기 위해 강제진료제를 마련해 놓고 있었는데, 이는 서양의사에게 2년 이하의 기간 동안 주무부 장관이 지정한 장소에서 진료에

2. 의료인 면허제도의 특징

현행 우리나라의 의료인 면허제도 및 이를 규율하는 법규범 체계는 다음과 같은 특징을 가진다.

첫째, 의료인만이 의료행위를 할 수 있다.²⁶⁾ 「의료법」 제27조 제1항은 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없다고 규정하고 있다. 이러한 입법 방식은 의사가 아니면 의업(醫業)을 행하여서는 안 된다고 하여 업무독점을 규정한 일본의 「의사법(醫師法)」과 차이를 보인다.²⁷⁾ 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하는 이와 같은 「의료법」 규정이 직업선택의 자유 등을 과도하게 침해한 것이 아닌지 논란이 있어왔으나 헌법재판소는 “의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 직업선택의 자유 등 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화된다.”²⁸⁾는 입장을 유지하고 있다.

둘째, 의료는 의사가, 한방 의료는 한의사가 할 수 있는 것으로 구별하는 이원적 체계를 취하고 있다. 우리나라는 1951년 「국민의료법」부터 의사

중사하도록 규정한 것으로서, 민주주의 이념에 맞지 않는다는 비판이 있었지만 전쟁으로 의료시설의 70%가 파괴된 상태에서 무의촌을 해소해야 한다는 현실적 이유에서 관철되었다. 1949년 기준으로 대한민국의 총인구 수는 2,000만 명을 넘고 있었지만 의사와 한의사는 각각 4,375명, 1,657명에 불과했고, 서양의학의 절반은 서울에 거주하고 있었던 반면 한의사는 전체 한의사의 10% 미만이 서울에 거주하고 있었다(앞의 책 『한국의학사』, 박윤재·신규환 집필 부분, 325~326면). 식민지 시기 동안에도 서양 의학은 병이 위중할 때나 이용할 뿐, 한의학이 전반적으로 의료 혜택에서 소외받고 있던 지방 주민들에게 주요 의료 공급원으로 기능하고 있었다(박윤재, “해방 후 한의학의 재건과 과학화 논의, 『역사와 현실』 제79호, 2011, 305~306면).

26) 따라서 의료분야에서의 경험 유무 및 기간, 해당 분야에 대한 기술과 능력에 상관없이 면허 없이 한 의료행위는 불법이다(이백휴·이평수·박윤형, “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 2011, 145면.

27) 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012, 74~75면.

28) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 결정.

와 한의사를 구분하는 이원적 체계로 시작하였다.²⁹⁾ 일원화에 대한 논란과 시도가 그 동안 있어왔지만 지금까지도 이러한 이원적 체계가 유지되고 있다.³⁰⁾ 이러한 이원적 체계가 안정적으로 유지되기 위해서는 각각의 면허 범위가 명확히 규정되는 입법적 기반이 필수적이라 할 것인데, 실질적인 입법 공백 상태 속에서 불안정한 상황이 지속되고 있다.³¹⁾

셋째, 의료인의 보건의료인에 대한 관계 설정이 각 의료인에 따라 다르게 규정되어 있다. ‘보건의료인’이란 보건의료 관계 법령에서 정하는 바에 따라 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자를 말한다(『보건의료기본법』 제3조 제3호). 대표적으로 약사, 의료기사 등이 이에 해당한다.

먼저 의료인과 약사의 관계가 어떻게 규정되어 있는지 살펴본다. 의약 분업에 의해 약사는 의사 또는 치과의사의 처방전에 따라 전문의약품과 일반의약품을 조제하여야 한다(『약사법』 제23조 제3항). 이러한 원칙의 예외는 약사와 치과의사의 입장에서 각각 존재하는데, 예를 들어 의료기관이 없는 지역에서 조제하는 경우 약사는 의사·치과의사의 처방전 없이 조제할 수 있고, 약국이 없는 지역이거나 입원환자를 대상으로 하는 경우 의사·치과의사 자신이 직접 조제할 수 있다(『약사법』 제23조 제3항 단서 및 제4항).

29) 서양의학과 한의학의 차이에 대한 학문적 차원의 논쟁은 이미 1930년대부터 시작되었으나(이에 대해서는 앞의 책 『한국의학사』, 박윤재 집필 부분, 278~287면 참고), 제도적인 차원에서의 갈등은 별도의 한의사 제도가 확립됨과 동시에 시작되었다고 할 수 있다(앞의 책 『한국의학사』, 여인석 집필 부분, 370면).

30) 의료일원화에 대한 논의는 다음의 글 등을 참고할 수 있다. 김재식·이원길·서장수·송경은·이중원·김풍택·이양수·강병조·이죽내·김두희·박영춘·정태호·김종석·손태중·박언휘, “의료일원화와 동서의학에 관한 연구”, 『의사학』 제7권 제1호, 1998; 윤태영·민병일·오인환·오창모·노국래, 『의대와 한의대의 통합을 통한 의료일원화 방안 연구』, 대한의사협회 의료정책연구소 연구보고서, 2012; 『의료정책포럼』 제13권 제4호 특집, 2015.

31) 무면허의료행위에 대해서는 형사처벌이 이루어지는데, 의료법과 보건범죄 단속에 관한 특별조치법, 한의약육성법 모두 의료인에 해당하는 의사와 한의사가 면허를 통하여 행할 수 있는 임무 규정과 이를 벗어난 행위에 대한 처벌 규정 외에 구체적으로 무엇이 의료행위이고, 무엇이 한방의료행위인지에 대하여 정의 규정을 두고 있지 않은데, 이에 대하여 죄형법정주의 원칙 중 명확성 원칙 위배 여부가 문제된다(백경희·장연화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제22권 제1호, 2014, 125면).

한의사의 경우에는 한약사와의 관계가 「약사법」에 규정되어 있다. 한약사가 한약을 조제할 때에는 한의사의 처방전에 따라야 하고(「약사법」 제23조 제6항 본문), 예외적으로 보건복지부장관이 정하는 한약 처방의 종류 및 조제 방법에 따라 조제하는 경우에는 한의사의 처방전 없이도 조제할 수 있다(「약사법」 제23조 제6항 단서). 이와 같이 약사(藥事) 영역에서는 의약품과 한약, 약사와 한약사를 구분한 이원적 체계가 의사와 한의사를 구분한 이원적 체계와 대응 관계를 이루기 때문에 특별히 의사와 한약사를 차별적으로 취급한다는 논란의 소지가 생기기 어렵다.

반면에, 「의료기사법」은 제1조의2 제1호에서 “의료기사란 의사 또는 치과의사의 지도 아래 진료나 의화학적 검사에 종사하는 사람을 말한다”라고 개념 정의를 하면서 한의사와의 대응관계는 규정하고 있지 않다. 의료기사는 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사 및 치과위생사를 말하는데, 현행법에 따르면 한의사는 방사선사로 하여금 자신의 지도 아래 검사를 수행하게 할 수 없고, 물리치료사로 하여금 자신의 지도 아래 물리요법적 치료를 실시하게 할 수 없는 것이다. 의료기기 중에는 한방의료기기도 존재하는데, 이와 같은 법체계 내에서 한방의료기기는 한의사가 직접 사용하는 것 이외에 의료기사를 지도하여 사용케 하는 것은 허용되지 않는 셈이다.³²⁾

요컨대, 우리나라의 의료인 면허제도는 의사와 한의사를 엄격히 구분하는 단절된 이원적 체계를 취하면서도 각각 면허 범위에 대한 상세한 입법이 이루어지지 않은 채 개별 관련 법령에서 각 의료인 면허에 따른 차이점(예를 들어 다른 보건의료인과의 역할 관계)을 규정하는 범규범 체계를 유지하고 있고, 구체적인 면허 범위에 대하여는 판례에 의해 개별 사안별로 판단되는 특징을 가진다.³³⁾ 이는 어떠한 행위가 무면허 의료행위인지에 대한 판

32) 이 쟁점에 대하여 헌법재판소가 판단한 것이 있다(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2011헌마552 결정). 이 결정에 대해서는 후술한다.

33) 법률의 구체성이 낮은 경우 행정부의 유권해석과 사법부의 판결이 이를 보완하는 역할을 하게 된다. 그 동안 보건복지부는 한방에서도 청진이 있을 수 있으므로 청진기의 사용은 가능한 것으로 해석하였고(1985, 의제01254-23088호), 임상병리검사는 의료기사에 대한 한의사의 지도권이 없으므로 병원에 의뢰하여 통보받은 정보를 한방진

단이 궁극적으로는 많은 경우 법관의 재량적 결정 사항인 듯한 인상을 주는 원인이 되기도 한다.³⁴⁾

Ⅲ. 한의사의 현대 의료기기 사용에 관한 종래 판례의 입장

연구대상판결의 의미를 정확히 이해하기 위하여 한의사의 현대 의료기기 사용에 관한 과거 법원의 판결 및 헌법재판소의 결정을 살펴보기로 한다.

1. 주사기

“주사기에 의한 약물투여 등의 주사는 그 약물의 성분, 그 주사기의 소독상태, 주사방법 및 주사량 등에 따라 인체에 위해를 발생시킬 우려가 높고 따라서 이는 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보건 위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”이다.³⁵⁾ 대법원은 한의사가 환자에게 주사를 하였다면 사실상 의사의 자질을 갖고 있다거나 환자가 생활형편이

료에 활용하는 것은 가능한 것으로 해석하였다(1992, 의정01254-1836호). 체지방분석기 등에 대해서는 한의학적 이론과 원리에 따른 의료기기인지를 고려하여 판단해야 한다고 설명하면서 명확한 답변은 회피하고 있다. 영상의료기기에 대한 보건복지부의 유권해석을 보면, 1986년에는 “한의원에서 의료기기를 사용하여 진료할 수 있는 범위 및 한계에 대하여 의료법상 명시규정은 없다”는 점(1986, 의제 01254-23088호)을 지적하면서 질병을 진단하는 의료인이 사용방법 등을 교육받아 알고 있는 경우에 한하여 사용 가능하다고 하였다(의제 01254-25754호). 그러나 80년대 후반부터 한의사는 방사선기사를 고용하거나 영상진단기를 사용할 수 없고, 다만 의뢰하여 통보받은 결과를 활용할 수 있다고 해석하고 있다(사공영호·조병훈, “한의사의 영상의료기기 이용 규제에 관한 비판적 고찰”, 『규제연구』 제22권 제2호, 2013, 232면). 이처럼 보건복지부의 유권해석이 점점 더 한의사들의 초음파, X-ray 이용을 강하게 제약하는 방향으로 진행된 까닭은, 법원의 판결에서 한의사의 면허 범위 외의 의료기기로 판단한 것들이 제외되고 있기 때문이라 할 수 있다. 즉 면허된 의료행위에 해당하는지 여부는 실질적으로 판례에 의해 최종 판단이 이루어지고 있는 것이다(곽숙영, “한의사의 의료기기 사용에 대한 판례의 입장 고찰”, 『의료법학』 제15권 제1호, 2014, 61면).

34) 김나경, 앞의 논문 “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 166면.

35) 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결.

어려워 그 진료대금을 받지 않았다 하더라도 무면허의료행위가 성립한다고 보았다.³⁶⁾ 이에 따르면 한의사는 주사를 할 수 없는 의료인에 해당한다.

그런데 1998년 보건복지부는 한약에서 추출한 약침액을 인체의 압통점, 경락, 경혈점 등에 주입하는 약침(藥鍼)요법에 대하여 이는 한의학 고유의 이론체계인 침구학 및 본초학 이론을 토대로 한약과 침의 효과를 극대화하는 한방요법에 해당되므로, 한의사의 업무범위에 포함된다는 유권해석을 내놓았다.³⁷⁾ 이와 관련하여 대법원은 1회용 주사기를 이용하여 특정인의 코와 볼에 히알루론산을 주입하는 필러시술이 ‘약침요법’에 해당한다는 피고인의 주장을 부정한 원심 판결이 정당하다고 판단한 바 있다.³⁸⁾ 필러시술은 피부 부위에 히알루론산을 직접 주입하여 시술한 부위의 피부를 높임으로써 전체적인 얼굴 미관을 개선하려는 것이었고, 히알루론산은 침단장비를 이용하여 박테리아를 발효시켜 생산하는 것으로서 한약이라고 볼 수 없다는 이유에서였다.

2. 영상의료기기

<1> 전산화 단층 촬영장치(computed tomography, CT기기): 2006년 6월 30일 서울고등법원은 한의사가 CT기기를 사용하여 진단행위를 할 수 있는지 여부에 관하여 선례가 없는 상황에서 한의사의 CT기기 사용이 그 면허 범위를 벗어나는 의료행위에 해당한다고 판단했다.³⁹⁾ 그 근거는 다음 두 가지였다.

- ① 당시 CT기기와 관련된 규정들은 한의사가 CT기기를 이용하거나 한방병원에 CT기기를 설치하는 것을 예정하고 있지 않았다.
- ② 진단방사선과는 전문의제도가 동반되는 의료법상 진료과목으로, 한

36) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도2108 판결.

37) 보건복지부 한방정책팀 1998. 6. 10. 한방 65507-129호.

38) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결.

39) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결. 이 판결은 상고 절차가 진행되지 않아 확정되었다.

의사국가시험에서도 진단방사선과 관련 문제가 1, 2문제 출제되기도 하나 전문적인 지식을 평가하는 문항은 아니다.

<2> X-선 골밀도측정기: 연구대상판결에서 문제된 엑스선 골밀도측정기 사용이 한의사의 면허 범위에 포함되는 행위인지에 대하여는 이미 법원에서 판단된 바 있다. 2008년 서울행정법원은 한의사가 주당 최대 동작부하의 총량이 10ma/분 이하의 진단용 엑스선 발생기인 “bgm-6”을 사용하여 성장판 검사를 실시한 것이 한의사의 면허 범위 이외의 의료행위를 한 때에 해당한다고 하였다.⁴⁰⁾ 이 사건 기기는 그 목적이 신체 내부의 모습을 촬영하여 그 모습을 확인함으로써 신체 내부의 이상증후를 판단하기 위하여 개발된 것으로 이론적으로 서양의학에 기초를 둔 것이며, 성장판 검사는 해부학적으로 뼈의 성장판의 상태를 확인하여 성장의 가능성이 있는지 여부를 진단하기 위한 것이어서 이에 관하여 한의학적 방법이 사용되었다고 보기 어렵다는 이유에서였다.

이후 2011년 대법원 역시 한의사가 자신이 운영하는 한의원에서 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도측정기를 이용하여 환자들을 상대로 발뒷꿈치 등 성장판검사를 하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서 유죄를 인정한 항소심의 판단을 수긍하였다.⁴¹⁾

<3> 초음파 골밀도측정기: 한의사의 성장판 검사행위에 관해서는 헌법재판소의 결정도 있다. 2013년 2월 헌법재판소는 초음파 골밀도 측정기 ‘osteomager plus’를 이용하여 성장판 검사를 한 한의사들이 청구한 사건들에 대하여 두 개의 결정을 내렸다. 하나는, 성장판 검사행위에 대하여 기소유예처분을 받은 것에 대하여 이를 취소해 달라는 헌법소원심판청구를 기각한 것이다(‘사안1’).⁴²⁾ 다른 하나는, 같은 종류의 행위에 대하여 제1심에서 선고유예 판결을 받은 까닭에 그 처벌 근거 규정인 의료법 조항의 위헌 여

40) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결.

41) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결.

42) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 결정.

부를 심사해 달라는 헌법소원심판청구에 대하여 해당 조항이 헌법에 위배되지 아니한다고 판단한 것이었다(사안2).⁴³⁾

‘사안1’에서 헌법재판소는 아래 세 가지 이유를 들어 한의사의 초음파 골밀도측정기 사용행위가 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다고 보았다. 헌법재판소가 실시한 위 이유들은 앞에서 언급한 CT기기에 대한 서울고등법원 판결 및 X선 골밀도측정기에 대한 서울행정법원의 판결에서 이미 등장한 것들이다.

① 이 사건 초음파기기에서 제공하는 환자들의 종골 부위 초음파 영상 사진 및 기타 골밀도 수치 등을 기초로 성장판 개폐 여부 및 성장 부진 등을 진단하고, 그 검사결과를 토대로 성장 부진 치료를 위한 한약처방 등 치료행위를 한 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니라 인체에 대한 해부학적 지식을 기초로 한 것으로 보인다.

② 우리나라 의료법은 한의사와 의사의 업무영역과 면허범위를 구별하는 이원적인 체계를 취하고 있는데, 초음파검사는 기본적으로 의사의 진료 과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함되어 있다.

③ 대학 및 대학원에서 행하는 초음파검사 관련 교육이나, 전문의 수련 과정 등에서 이루어지는 초음파검사 실습의 실태 등을 보면, 원칙적으로 초음파 진단기를 통해 얻어진 정보를 기초로 진단을 내리는 것은 영상의학과 전문의 또는 대학에서 영상의학과 관련 이론 및 실습을 거친 의사의 업무영역에 속한다고 볼 수 있다.

‘사안2’에서 헌법재판소는 “한의학과 서양의학은 그 학문적 기초가 서로 달라 학습과 임상이 전혀 다른 체계에 기초하고 있으므로 자신이 익힌 분야에 한하여 의료행위를 하도록 하는 것이 필요하며, 훈련되지 않은 분야에서 의료행위는 면허를 가진 자가 행하는 것이라 하더라도 이를 무면허 의료행위와 달리 평가할 이유가 없다”면서,⁴⁴⁾ “특히 영상의학과는 초음파진

43) 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398 결정.

44) 이는 연구대상판결에서 등장하는 문구이기도 하다.

단기기와 같은 첨단의료장비를 이용해 영상을 획득하여 질병을 진단하고 치료하는, 의료법상 서양의학의 전형적인 전문 진료과목으로서(『의료법』 제 43조, 『의료법 시행규칙』 제41조) 초음파검사의 경우 그 시행은 간단하나 영상을 평가하는 데에는 인체 및 영상에 대한 풍부한 지식이 있어야 함은 물론, 검사 중에 발생하는 다양한 현상에 대해 충분히 이해하고 있어야 하므로 영상의학과 의사나 초음파검사 경험이 많은 해당과의 전문의사가 시행하여야 하고, 이론적 기초와 의료기술이 다른 한의사에게 이를 허용하기는 어렵다”고 실시하였다.

3. 광선조사기(IPL, Intense Pulsed Light)

2010년 자신이 운영하는 한의원에 광선조사기 1대를 설치하여 100여 명의 환자를 상대로 잡티 제거 등 피부질환 치료행위를 한 한의사가 의료법 위반으로 기소되어 벌금형을 선고받는 사건이 발생했다.⁴⁵⁾ 이 사건의 항소심 법원은 IPL이 태양광과 유사한 제논램프에서 발산되는 빛을 집약하여 인체의 피부에 간헐적으로 조사하는 의료기기로서 빛을 병변에 조사하는 치료기법을 사용한다는 점에서 한방의료기관에서 사용이 허용되는 적외선 치료기나 레이저침치료기와 같은 작용원리에 기초하고 있다면서, 피고인이 IPL을 사용한 것은 환자의 피부에 발생한 병변에 대한 외과적 처치를 목적으로 한 것이 아니라 이러한 병변을 인체의 균형이 무너짐으로 인하여 생긴 경락의 울체(鬱滯)로 보고 여기에 한의학에서 전통적으로 내려오는 빛을 사용하여 이를 해소하고 온통경락(溫通經絡)하기 위한 것으로 보인다는 이유로 무죄를 선고했다.⁴⁶⁾ 그러나 대법원은 IPL이 피부 색소침착, 여드름, 모세혈관 확장의 각 치료 및 미세한 주름제거를 위하여 사용하는 것이고, 주위 조직에 손상을 주지 않는 채 특정한 조직을 파괴하는 선택적 광열용해의 특성을 가지고 있어 특정 색소 제거 등에 활용되고 있다는 점을 들어 원심의 판단을 파기·환송하였다.⁴⁷⁾

45) 서울동부지방법원 2010. 4. 9. 선고 2010고정10 판결.

46) 서울동부지방법원 2010. 7. 22. 선고 2010노449 판결.

4. 안압측정기·자동안굴절검사기·세극등현미경·자동시야측정장비·청력검사기

2013년 12월 헌법재판소는 한의사가 환자들의 눈과 귀 질환의 치료를 위해서 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기를 사용한 것이 한의사의 면허된 의료행위에 해당한다는 결정을 내렸다.⁴⁸⁾ 그 근거는 다음 세 가지로 요약된다.

① 안질환 관련 검사기기와 청력검사기를 이용한 검사는 자동화된 기기를 통한 안압, 굴절도, 시야, 수정체 혼탁, 청력 등에 관한 기초적인 결과를 제공하는 것으로서, 신체에 어떤 위해를 가할 우려는 없는 것으로 보인다.

② 위 검사기기는 작동과 결과 추출 및 해독에 있어 전문적 식견을 필요로 하지 않는다. 의료관계 법령에서는 「의료기사 등에 관한 법률」과 같은 법 시행령에서 안경사가 자동굴절검사기를 사용할 수 있다는 규정을 둔 이외에 달리 이 사건 기기들에 대한 제한 규정을 두고 있지 않다.⁴⁹⁾

③ 위 기기들을 사용하여 환자들의 근시, 원시, 녹내장, 청력이상 등의 진단을 하는 것은 한방의 전통적 진단방법인 절진(切診), 망진(望診), 문진(問診)에 해당한다고 볼 수 있다. 한의대의 안이비인후과 및 해부학 수업계획서를 보면 한의학적인 눈의 이해 및 안질환에 대한 강의 및 안구의 해부학적 구조에 대한 강의를 이루어지고 있다.

47) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결.

48) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마551 결정.

49) 참고로, 안과병원에서 안경사가 시행한 비접촉성 안압계를 이용한 선별검사용 안압검사 행위는 의료행위에 해당한다고 볼 수 없으므로, 의사가 안경사에게 그 검사를 실시하게 하였다는 이유로 의사면허자격정지처분을 한 것은 위법하다는 판결이 선고되어 확정된 사례가 있다(서울행정법원 2009. 2. 3. 선고 2008구합22938 판결).

5. 물리치료

보건복지가족부가 한방물리요법 중 경피경근온열요법, 경피적외선조사요법, 경피경근한냉요법을 요양급여대상에 포함시켰으나(보건복지가족부고시 제2009-216호), 이는 한의사가 직접 행하는 경우에만 적법하게 시행될 수 있는 치료행위이다. 「의료기사 등에 관한 법률」은 의사 또는 치과의사만 의료기사인 물리치료사를 지도하여 업무를 할 수 있게 하고 한의사는 이를 할 수 없도록 하고 있다. 이에 물리치료사를 고용하여 환자들에게 한방물리치료를 하고자 하는 한의사가 헌법재판소에 구 「의료기사 등에 관한 법률」(1995. 1. 5. 법률 제4912호로 전부 개정되고, 2011. 11. 22. 법률 제11102호로 개정되기 전의 것) 제1조에 대하여 평등권 및 직업수행의 자유를 침해하고 있다는 이유로 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 이 청구를 기각하였다.⁵⁰⁾ 물리치료사가 하는 업무는 서양의학에 기초한 의학지식과 진단 방법을 기초로 근골격계, 신경계, 심폐혈관계, 피부계 질환을 각종 의료기기 및 물리적 요법을 이용하여 치료하는 행위로 발생기원적·기능적 측면에서 의사의 의료행위와 연관성이 있고, 한의학에 기초를 두고 경락과 경혈에 자극의 대상을 두고 있는 한방물리요법과 차이가 있다는 점이 그 근거였다. 또 일부 물리치료행위가 한방물리치료행위와 외관상 일부 중첩되는 측면이 있다 하더라도 현행 의료기사법상 물리치료사가 행하는 물리치료행위가 한방의료행위에 포섭된다고 할 수 없고, 현행 물리치료사 교육 과정 및 시험 과목을 보더라도 한방물리치료를 필수적인 경락이나 경혈 등에 관한 중점적인 교육이 이루어지고 있다고 보기 어려우므로 물리치료사가 한방물리치료를 할 수 있는 기본지식이나 자격을 갖추고 있다고 보기도 어렵다는 점이 지적되었다. 이러한 근거를 토대로 헌법재판소는 입법자가 의사에 대해서만 물리치료사 지도권한을 인정하고 한의사에게는 이를 배제하고 있더라도 여기에는 합리적 이유가 있다고 판단했다.

50) 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2011헌마552 결정.

IV. 의료행위의 개념 설정과 한방의료행위의 판단 기준

1. 의료행위 개념의 가변성

국가는 특정인에게 의료행위를 할 수 있는 면허를 부여하나 그 면허가 허용하는 의료행위의 범위는 시대에 따라 변화를 거듭했다.⁵¹⁾ 무면허의료행위를 금지하는 법률의 문언 자체부터 수차례 변경된 바 있다. 1951년 9월 25일에 제정된 「國民醫療法」은 제40조에서 “의사가 아니면 의업을, 치과의사가 아니면 치의업을, 한의사가 아니면 한의업을, 조산원이 아니면 조산업을 행할 수 없다”고 규정하였으나, 1962년 3월 20일 전부 개정된 「醫療法」 제25조는 “의사가 아니면 의료를, 한의사가 아니면 한방의료를, 조산원이 아니면 조산업무를, 간호원이 아니면 간호업무를 행하지 못하며 또한 각 그 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다”고 규정함으로써 무면허의료행위를 ‘업’으로 하지 않는 경우까지 금지하였다.

“의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”는 문언은 1973년 2월 16일 개정 「醫療法」에서 추가된 것인데, 이 개정 전후에 선고된 미용성형수술에 대한 대법원 판결은 동일한 행위에 대한 법원의 평가 역시 달라질 수 있음을 보여준다. 1972년 대법원 판결⁵²⁾은 치과 의사의 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등의 성형수술이 ‘질병의 예방 또는 치료행위’가 아니므로 의료행위에 속하지 않는다고 본 반면, 1974년 2월 26일⁵³⁾ 대법원 전원합의체는 코높이기 미용성형수술을 의료행위로 봄으로써 종래의 판례를 폐기하였다.⁵⁴⁾ 이러한 판례 변경의 근거는 의료행위의 개념이 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있다는 데 있었다.⁵⁵⁾

51) 여인석·박운재·이경록·박형우, 앞의 논문 “한국 의사면허제도의 정착과정”, 137면.

52) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결.

53) 대법원 전원합의체 1974. 2. 26. 선고 74도1114 판결.

54) 성형외과는 1973년 10월 17일에 전부 개정된 「의료법 시행규칙」에 의해 의사의 전문 과목으로 인정되었다.

55) 서울고등법원도 의료행위의 개념은 “의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것”이라고 실시한 바 있다(서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

이처럼 의료행위 개념은 가변적이기 때문에 의료행위의 개념을 적극적으로 규정하는 것은 쉬운 일이 아니다.⁵⁶⁾ 미국의 경우 의료인의 면허에 대해서는 각 주의 법률이 규율하는데, 의료행위의 범위에 대해 아주 상세한 정의의 규정을 두는 경우도 있으나 많은 주에서는 의료행위를 간략하게 정의한다.⁵⁷⁾ 독일 「연방의사규정」 제2조 제5항은 의료행위를 의사 자격면허를 가진 자의 의사직업과 관련된 의술의 시행이라고 정의할 따름이고,⁵⁸⁾ 일본 「의사법」 제17조 역시 “의사가 아니면 의업을 해서는 아니 된다”라고만 규정한다.⁵⁹⁾ 프랑스의 경우 「공중보건법」에서 무면허의료행위의 범위에 대하여

-
- 56) 의료행위의 개념을 정의하는 방식은 의료행위의 실제적인 내용을 구체화하는 적극적인 방식과 단순히 ‘의료행위’라는 용어를 사용하거나 의료행위와 명백히 구별되거나 배제되는 행위유형만을 규정하는 소극적인 방식으로 나뉜다(柳至泰, “의료행위의 개념”, 『高麗法學』 제39호, 2002, 72면). 적극적인 방식은 무면허의료행위의 기준을 명확히 할 수 있으나 빠른 속도로 발전하는 의료기술을 갱신하는 것이 어렵고, 소극적인 방식은 국민건강에 위해를 가할 수 있는 행위에 대한 포괄적 규제가 가능하나 종교적인 판단이 법원에 의해 개별적 사안에 따라 이루어질 수밖에 없다는 단점이 있다(곽명섭, “의료행위 개념의 범제화 논의과정에 대한 고찰”, 『法과 政策研究』 제7집 제1호, 2007, 72면).
- 57) 콜로라도 주의 경우 의료행위는 (a) 질병, 만성질병, 상해, 장애 또는 신체적 정신적 조건을 진단하거나 처치, 처방하거나 완화 또는 예방할 수 있는 자격을 부여받은 것으로 공공연히 드러내는 것, (b) 직접적 또는 간접적으로 보수, 선물, 또는 보사를 받은 의사를 가지고 사람들에게 처치, 수술, 또는 통증 완화를 위한 치료, 또는 심리적이거나 정신적인 질환, 장애, 상해 조건 또는 결함의 치료의 형태를 제안하거나 권하거나 처방 또는 관리하는 것, (c) 질병이나 상해 또는 신체 또는 정신의 결함에 고통받는 사람들을 검사하거나 치료할 목적으로 의원이나 장소를 유지하는 것 (d) 이 주 내에서 의료행위를 하기 위하여 면허를 받은 자라는 신뢰를 주기 위하여 다른 사람들에게 M.D., D.O., 의사, 외과의사, 또는 다른 명칭을 사용하는 것, (e) 사람에게 어떤 종류의 외과적인 수술을 행하거나 조산을 시행하는 것 (f) 상호 시정각 도구나 자료를 교환함으로써 의료서비스와 진단, 상담, 또는 처리를 교부하는 것을 의미하는 원격의료를 시행하는 것이라고 정의되는 반면, 뉴욕 주의 경우 “인간의 질병, 고통, 장애 또는 신체적 조건에 대한 진단, 처치, 수술 또는 처방”이라고 규정한다(이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『法과 政策研究』 제7집 제1호, 2007, 32~33면). 웨스트버지니아 주에서는 “사람의 모든 질병, 통증, 부상, 기형이나 기타 신체적·정신적 상태에 대한 진단, 치료, 수술 또는 처방”으로, 텍사스 주에서는 “정신적·신체적 질병이나 이상 또는 신체적 기형이나 손상을 처치하거나 이런 상황의 치유에 영향을 미치기 위해 어떤 체계나 방법에 의해 제공되는 진단, 치료로 의사 또는 이러한 서비스에 대한 금전적 또는 다른 급부를 직·간접적으로 교환하는 자에 의해 제공되는 것”으로 규정하고 있다(곽명섭, 앞의 논문 “의료행위 개념의 범제화 논의과정에 대한 고찰”, 70면).
- 58) 이인영, 앞의 논문 “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 34면

하위법령에 기술되지 않는 행위로 파악하여 간접적으로 의료행위에 관한 사항을 규정하고 있다.⁶⁰⁾

현재 우리 대법원은 의료행위를 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 본다.⁶¹⁾ ‘의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위’가 정형적인 의료행위라면, ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’는 비정형적인 의료행위를 의미한다 하겠다.⁶²⁾ 여기서 정형적인 행위는 기존에 정립된 의료기술방식을 전제로 하여 의료인의 표준적인 행위유형을 그대로 수용한 것이며, 비정형적인 행위는 의료인에 의한 표준적인 기술방식을 거치지 않고 행하여지는 행위를 포섭하거나 신의료기술 등을 탄력적으로 포용하기 위한 것으로 이해할 수 있다.⁶³⁾

요컨대, 의료행위 개념에 대하여 그 주체적인 측면은 명확하게 그 범위

59) 일본 최고재판소는 이 규정의 ‘의업’을 처음에는 “질병 치료의 목적으로 진찰 투약 등의 행위를 하는 것”이라고 해석했다가, 이후 “의학상의 지식과 기능을 가지지 아니한 자가 함부로 이를 행할 때 생리상 위험이 있는 정도에 달하는 경우”를 ‘의업’으로 인정하고 있다(이인영, 앞의 논문 “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 35면).

60) 광명섭, 앞의 논문 “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 69면.

61) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도1297 판결; 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결; 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결; 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298 판결 등. 헌법재판소 역시 다수의 결정문에서 “의료법이 정하고 있는 의료행위는 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말한다”라고 밝히고 있다(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2001헌마370 결정; 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌마87 결정). 2007년 2월 22일에 제출된 의료법 전부개정안 제4조는 의료행위를 “의료인이 관련 전문지식을 근거로 건강증진·예방·치료 또는 재활 등을 위하여 행하는 통상의 행위와 의료인이 하지 않으면 건강상 위해가 생길 우려가 있는 그 밖의 행위”로 규정하러 하였다.

62) 판례의 정형적인 의료행위 개념은 ‘질병의 예방 또는 치료 등의 행위’이자 ‘의료인에 의한 행위’로 축약되며, 어떤 행위가 의료행위인지의 여부를 판단함에 있어서는 비정형적인 의료행위 개념이 중심요소를 차지하고 있다고 볼 수 있다(이인영, 앞의 논문 “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 41면).

63) 柳至泰, 앞의 논문 “의료행위의 개념”, 73면.

가 확정될 수 있으나, 대상적인 측면에서는 불명확성이 남게 된다.⁶⁴⁾ 연구 대상판결도 이러한 불명확성에 기인하는 것이다.

2. 한방의료행위의 개념

2006년 서울고등법원은 한의사가 CT기기를 사용하는 것이 면허 범위 밖이라고 판시한 판결에서 의료행위를 “협회의 의료행위, 치과의료행위 및 한방의료행위”로 분류하였다.⁶⁵⁾ 이러한 구분은 「의료법」상 의료인 중 의사, 치과의사, 한의사에 대응하는 것이다. ‘한방의료행위’라는 용어는 「한의약 육성법」에서도 사용되는데, 이 법 제2조 제1항 제1호는 ‘한의약(韓醫藥)을 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학(韓醫學)을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위 및 한약사(韓藥事)”로 규정한다.⁶⁶⁾ 2008년 서울행정법원이 ‘한방의료행위’를 “사회통념상 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 하는 것을 의미한다”고 정의한 것⁶⁷⁾은 대법원이 사용하는 ‘의료행위’ 개념을 「한의약 육성법」의 ‘한방의료행위’ 개념을 활용하여 일정한 범위 내로 한정지은 것이라 하겠다.⁶⁸⁾ 즉 ‘한방의료행위’는 결국 한의사에게 허용된 면허 범위 내의 의료행위인 것이다.⁶⁹⁾

64) 柳至泰, 앞의 논문 “의료행위의 개념”, 68면.

65) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결.

66) 2003년 8월 6일에 제정된 「한의약 육성법」은 ‘한방의료’를 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한학을 기초로 한 의료행위”라고만 정의했으나, 2011년 7월 14일에 “과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”가 추가된 것이다.

67) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결.

68) 헌법재판소는 한방의료행위를 “우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것”이라고 정의한다(헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2002헌바23 결정; 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19 결정 등).

69) 한방의료행위 개념에 대해서는 다음의 문헌이 존재한다. 하재홍, “한방의료행위”, 『경기법학논총』 제6호, 2008; 이미선·권영규, “판례분석을 통한 한방의료행위 개념의 법적 근거 고찰”, 『한국한의학연구논문집』 제15권 제3호, 2009; 이부균, “한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰”, 『의료법학』 제13권 제2호, 2012.

그렇다면 의사의 의료행위와 한의사의 한방의료행위를 구별하는 기준은 무엇인가? 이에 대하여 위의 2006년 서울고등법원은 “결국, 의사가 행하는 의료행위와 한의사가 행하는 한방의료행위는 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 서양에서 도입된 의학인지, 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학인지 여부에 의하여 구분된다”고 판시하였다. 한의사의 엑스선 골밀도측정기 사용에 관한 2008년 서울행정법원 판결 역시 학문적 원리를 결정적인 기준으로 삼았다.⁷⁰⁾

특히 대법원이 2014년에 선고한 두 개의 판결에 따르면, 어떤 “의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초하지 아니하였다는 사정만으로 한의사가 해당 의료기기 등을 진료에 사용한 것이 그 면허된 것 이외의 의료행위를 한 것이라고 단정할 것은 아니”며,⁷¹⁾ “당해 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있”는 경우 이를 한의사의 면허 범위에 포함되는 행위로 볼 수도 있다.⁷²⁾ 즉 특정한 의료기기의 개발·제작 원리가 한의학과 관련이 없더라도 그 의료기기를 사용하는 행위가 한의학과 관련이 있다면 한방의료행위로 인정될 가능성을 열어 둔 것이다.

그러나 한의학 원리 또는 이론만이 한방의료행위를 판단하는 기준은 아니다. 이미 위의 2006년 서울고등법원 판결은 의료행위와 한방의료행위의 범위에 대하여 “의료법의 취지 및 관련 법령의 규정들을 종합하여 사회적 통념 등에 의하여 그 범위를 합리적으로 판단하여야 할 것”이라고 하였던 것이다. 이때 종합적으로 고려해야 할 사항은 이후의 판결에서 점점 추가된다. 2008년 서울행정법원 판결은 ‘구체적인 의료행위의 목적, 태양’을, 2013년 안압측정기·자동안굴절검사기·세극등현미경·자동시야측정장비·청력검사기에 대한 헌법재판소의 결정은 ‘의료기기의 작동과 결과 추출 및 해독에

70) “어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것이다(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결).”

71) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결.

72) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결.

있어 전문적 식견을 필요로 하는지 여부’를, 2014년 필러시술에 대한 대법원 판결은 ‘의과대학 및 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 당해 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부’를, 같은 해 IPL에 대한 대법원 판결은 ‘당해 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지’를 언급하였다.

한의사의 “면허된 것 이외의 의료행위”에 해당하는지 여부의 판단에 있어서 과거 법원과 헌법재판소가 제시한 기준은 다음과 같이 정리할 수 있을 것 같다.

<1> 기준①(금지 법령의 유무): 관련 법령에 한의사의 당해 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는가?

<2> 기준②(한의학 이론·원리와와의 연관성): 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인가? 또는 해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는가?⁷³⁾

<3> 기준③(보건위생상 위해 유무): 해당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는가?⁷⁴⁾ 헌법재판소는 “과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려없이

73) 헌법재판소는 서양의학과 한의학의 원리를 다음과 같이 정리한 바 있다. “의사의 의료행위는 해부, 조직, 생화학의 이론 등을 기초이론으로 하여 인체의 화학적, 생물학적인 변화를 각종 의료기기 등을 활용한 진단 결과 및 실험과학적 결과에 기초를 두고 관찰·측정한 후, 질환을 야기한 원인 및 부위를 중점 치료하는 데 주안점을 두는 서양의학에 그 학문적 기초를 두고 있는 반면, 한의사의 한방의료행위는 인체를 하나의 소우주로 보고 망(望)·문(聞)·문(問)·절(切) 등의 진찰 방법을 통해 찾아낸 유의성이 있는 정보들을 음(陰), 양(陽), 표(表), 리(裏), 한(寒), 열(熱), 허(虛), 실(實)이라는 여덟 가지 기준에 따라 환자의 상태를 종합·분석하여 질병의 원인 및 과정을 추적하고 치료 방향을 결정하는, 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학에 그 학문적 기초를 두고 있다(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2011헌마552 결정).”

74) 당해 의료행위의 경위·목적·태양, 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 당해 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지, 특정한 의료기기의 결과 판독에 전문적인 식견이 필요한지 여부는 궁극적으로 보건위생상의 위해 여부를 판단하기 위한 것이라 할 수 있다고 보인다.

진단이 이루어질 수 있다면” 「의료법」 제27조 제1항 본문 후단(“의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”)을 “자격이 있는 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석”하여야 한다고 실시한 바 있다.⁷⁵⁾

<4> 기준④(교육과정과 국가시험의 내용): 교육과정과 국가시험의 내용을 통해 검토할 때 해당 의료행위에 대하여 한의사가 전문성을 확보하고 있는가?⁷⁶⁾

3. 연구대상판결의 검토

연구대상판결은 한의사의 면허범위와 관련하여 과거의 판례이론을 답습한 것이다. 학문의 시각에서 본다면 연구대상판결은 영상의료기기의 사용과 한의사의 면허범위에 대한 법원의 입장이 변화가 없다는 점을 확인하였다는 점에서 의미를 가진다. 다음에서는 한의사의 면허범위의 판단에 관한 위의 네 가지 기준을 연구대상판결은 어떻게 고려하고 있는지 살펴본다.

<1> 기준①(금지 법령의 유무): 연구대상판결은 진단용 방사선 발생장치에 관한 규정 체계를 검토하였다. 「의료법」 제37조 제2항에 따르면 “의료기관 개설자나 관리자는 진단용 방사선 발생장치를 설치한 경우에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 안전관리책임자를 선임”하여야 한다. 이를

75) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마551 결정.

76) 2006년 서울고등법원 판결은 의대와 한의대에서 이루어지는 방사선과목의 교육 현황에 대해 다음과 같은 사실을 인정하였다. “방사선과목은 통상적으로 의과대학에서는 본과 1, 2학년에서 통합과목 내에 포함되어 있고, 3, 4학년에서 임상실습 2주 내지 3주 과정이 있으며, 평균 4학점 이상의 교과과정이 있고, 한의대에서는 본과 2, 3학년에 매주 2시간 1학점 교과과정이 있고 임상실습과정은 없다. 의사국가시험의 시험과목은 의학총론(몸의 정상구조와 기능, 정상발생·성장 및 노화, 질병의 발생과 죽음, 주요 증상과 병태생리, 진찰 및 진단, 검사, 치료와 합병증, 건강증진·질병예방 및 보건의료관리), 의학각론(영양, 소화기 질환, 손상·중독, 신생물, 혈액·조혈기관 질환, 심혈관 질환 등) 및 보건의약 관계 법규이며, 한의사국가시험의 시험과목은 내과학, 침구학, 부인과학, 소아과학, 외과학, 신경정신과학, 안이비인후과학, 본초학, 한방생리학, 예방의학 및 보건의약 관계 법규인데, 의사국가시험에서의 진단방사선과 관련된 문제의 출제빈도는 2003년도 15.8%, 2004년도 11.4%, 2005년도 13.2%이며, 한의사국가시험에서도 방사선 관련 문제가 1, 2문제 출제되기도 하나 전문적인 지식을 평가하는 문항은 아니다(서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

규정하는 보건복지부령인 「진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙」의 [별표6]은 진단용 방사선 발생장치 안전관리책임자의 자격기준을 의료기관의 종류에 따라 명시하고 있는데, 한의원과 「의료법」 제43조 제2항에 따라 의사를 두어 관련 의과과목을 추가로 설치하지 않은 한방병원은 진단용 방사선 발생장치 안전관리책임자의 선임 기준 자체가 존재하지 않는다. 이는 한의사가 진단용 방사선 발생장치의 사용을 금지하는 취지로 보인다. 비록 「진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙」 제17조가 “진단용 방사선 발생장치 중 진단용 엑스선 발생기 또는 초과진단용 엑스선 발생장치(과노라마 및 세파로 촬영장치는 제외한다)만을 사용하면서 주당 최대 동작부하의 총량이 10밀리암페어·분 이하인 의료기관”에 안전관리책임자 선임 의무 등 일부 의무를 면제하고 있다 하더라도, 이것이 한의사에게 주당 최대 동작부하의 총량이 10mA/분 이하인 진단용 방사선 발생장치를 사용할 수 있도록 허용한 것은 아니다.

<2> 기준②(한의학 이론·원리와 의 연관성): 원고는 “한의사가 각종 진단용 의료기기를 사용하더라도 한의학적 지식과 경험에 따른 변증의 과정을 거쳐서 환자의 증상을 진단한 후 이에 적합한 한의학적 치료방법을 선택하여 처방을 내린다면 이는 한방의료행위에 해당한다”고 주장하였다. 여기서 한의학적 지식과 경험에 따른 변증의 과정을 거친다는 것이 “당해 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것”에 해당할 여지가 있다. 이에 대하여 연구대상판결은 “이 사건 기기를 사용하여 성장판 검사를 한 것은 해부학적으로 뼈의 성장판 상태를 확인하여 성장의 가능성이 있는지를 진단하기 위한 것이어서 이에 관하여 한의학적 진단 방법이 사용되었다고 보기 어렵다고 판단했다. 한편, 2011년 개정 「한의약 육성법」에서 추가된 “과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”의 개념에 대해서는 “이 사건 기기를 사용하여 성장판 검사를 하는 것이 위 “과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”에 포함된다고 단정할 수 없”다는 식으로 결론적 의견만을 매우 간략하게 실시하고 있다.⁷⁷⁾

77) 2000년 1월 12일에 제정된 「보건의료기본법」은 제49조에서 국가와 지방자치단체가 한방의료를 육성·발전시키도록 노력하여야 한다고 규정한다. 참고로 중국과 대만은

<3> 기준③(보건위생상 위해 유무): 연구대상판결은 사안에서 문제된 의료기기가 실질적으로 보건위생상의 위해를 발생시킬 우려가 있는지에 대해서는 구체적 판단을 하지 않았다.

<4> 기준④(교육과정과 국가시험의 내용): 원고가 교육과정과 국가시험을 통해 전문성이 확보되었다고 주장한 것에 대하여 연구대상판결은 구체적인 판단을 하지 않았다.

연구대상판결은 기준①과 ②를 중심으로 판단하면서(특히 기준①을 결정적인 것으로 관념함) 기준③과 ④에 대해서는 구체적인 판단을 하지 않았다. 기준③과 ④에 대한 연구대상판결의 판단 태도는, 연구대상판결과 유사한 사안이 이미 있었고, 또한 영상의료기기의 사용은 한의사의 면허범위에 속하지 않는다는 종전의 판례이론을 당연히 전제한 것으로 추측된다. 연구대상판결은 이와 동일한 사안에 대하여 대법원이 판단하였던 바⁷⁸⁾와 결론을 같이 하는 것이다. 2011년 이후에 한의사의 의료기기 사용과 관련하여 대법원 판결과 헌법재판소 결정에서 판시한 점들이 반영되지 않은 측면이 있으나, 그러한 점들을 고려한다고 해도 관련 법규의 체계가 한의사의 당해 의료기기 등 사용을 금지하는 취지로 해석된다는 점을 극복하기는 쉽지 않아 보인다. 2016년 8월 19일 서울고등법원은 “뇌과계를 과킨슨병·치매 진단

헌법에서 국가에 전통의학을 발전시켜야 한다는 의무를 규정한다(중화인민공화국 헌법 제21조: 국가 의료위생사업의 발전과 현대의학 및 우리나라 전통의학의 발전을 위해 농촌 경제 조직 및 국가 기업 사업 조직을 비롯한 최소 행정기관에서는 이를 격려 지지하며, 각종 의료위생시설 및 대중성을 지닌 위생활동으로 발전시켜 인민건강을 보호한다; 중화민국 헌법 보강 및 수정 조항(2000. 4. 25.) 제10조: 국가는 전국민 건강보험을 실시하고, 현대 및 전통 의학의 연구 발전을 적극 추진해야 한다). 이러한 법규는 1970년대에 미국과 중국이 국교를 맺으면서 여러 분야에서 교류를 시작하는 과정에서 서구 의료사회에 침술의 효과가 소개되었고, 1990년대에는 미국 정부가 천문학적 비용이 투입되는 의료체계를 개선하려는 방안 중 하나로 국립보건원 내부에 대체의학연구소를 설치하도록 승인한 것에 영향을 받았다고 평가할 수 있다(신현규, “동북아 지역의 전통의학 법률 비교 연구”, 『한국의료법학회지』 제7권 제1호, 2000, 132면). 특히 중의학은 중국과 대만의 대립 관계 속에서 중화민족의 정통성과 연결되는 문제라고 한다. 한국과 미국 및 중국 정부의 동아시아 전통 의학 육성책에 대해서는 이현지, “동아시아 전통 의학의 세계화와 의료 헤게모니의 변동”, 『사회와이론』 통권 제22집, 2013을 참조할 수 있다.

78) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결.

에 사용한 행위는 한의사로서 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다”고 하였는데, 그 근거로 한의사의 뇌파계 사용을 금지하는 어떠한 규정도 존재하지 않는다는 점을 들면서 이와 대조되는 기기로 영상의학과에서 취급하는 기기를 언급했다.⁷⁹⁾

연구대상판결에서 한 가지 더 생각해 볼 부분이 있다. 원고가 「한의약 육성법」 제2조 제1호가 정하는 “한의약”의 개념이 2011년 해당 법률의 개정 에 의하여 확장되었다는 주장에 대한 법원의 판단 태도가 그것이다. 2011년 개정 「한의약 육성법」은 ‘한방의료’를 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학(韓醫學)을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”로 정의하고 있다. 원고의 이 점에 관한

79) 서울고등법원 2016. 8. 19. 선고 2013누50878 판결. 이 판결은 안압측정기 등의 사용이 한의사의 면허 범위 안에 있다고 판단한 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마551 결정에 이어, 한의사가 뇌파계를 사용할 수 있다고 보아 화제가 되었다. 그 내용을 아래에 간략히 소개한다.

- 2010년 9월 무렵부터 약 3개월 동안 주식회사 인터메드가 생산·판매하는 뇌파계 (모델명: NEURONICS-32 plus)를 파킨슨병과 치매 진단에 사용한 한의사에 대해 2012년 4월 27일 보건복지부장관이 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다는 이유 등으로 「의료법」에 근거하여 3개월의 한의사면허 자격정지처분 등을 하였다. 이 처분을 받은 한의사는 이를 취소해 달라는 행정소송을 제기하였는데, 뇌파계 사용이 무면허 의료행위가 아니라는 주장의 근거는 다음과 같았다. ① 이 사건 뇌파계는 식품의약품안전처의 허가를 받은 의료기기로서 잠재적 위험성이 낮은 위해도 2등급에 속하며, 위해도 2등급에는 일반이도 사용할 수 있는 다기능전자혈압계나 귀적외선체온계가 속해 있다. ② 원고는 한방신경정신과 진료를 하면서 짧은 기간 동안 보조적으로 이 사건 뇌파계를 이용한 것에 불과하다. ③ 한의학에서도 뇌파를 연구하고 있다.
- 이에 대하여 제2심을 담당한 서울고등법원은 “의료기술의 계속적 발전과 함께 의료행위의 수단으로서 의료기기 사용 역시 보편화되는 추세에 있는바 의료기기의 용도나 작동원리가 한의학적 원리와 접목되어 있는 경우 등 한의학의 범위 내에 있는 의료기기 사용에 대해서는 이를 허용할 필요성이 있다”면서, “과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려 없이 진단이 이루어질 수 있다면, 뇌파계의 개발 및 뇌파계를 이용한 의학적 진단 등이 현대의학의 원리를 바탕으로 하고 있다는 사정만으로 이 사건 뇌파계를 사용한 것이 면허된 것 이외의 의료행위라고 할 수는 없다”고 한 것이다. 아울러 의료법상 한의사의 진료과목에 한방신경정신과가, 한의과대학 교과과정에 한의신경정신과 학이 존재하고, 뇌파계를 병행 또는 보조적으로 사용한 것은 절진(切診)의 현대화된 방법 또는 기기를 이용한 망진(望診)이나 문진(問診)의 일종으로 볼 수 있다는 점 등을 판단의 근거로 삼았다.

주장에 대하여 연구대상판결은 특별한 이유를 제시하지 않은 채 “이 사건 기기를 사용하여 성장판 검사를 하는 것이 이 법률에서 말하는 한방의료 개념에 포함된다고 단정할 수 없”다는 식으로 소극적으로만 판단하였다. 이 정의 규정은 2011년 『한의약 육성법』에서 유일하게 개정 대상이었고, 개정 이유는 “한의약의 외연(外延)을 ‘과학적으로 응용·개발한 한방의료행위’까지 확대함으로써 한의약 산업의 발전과 국제경쟁력 강화를 도모하고 종국적으로 국민에게 높은 수준의 의료서비스를 제공하려는 것”이었다.⁸⁰⁾ 이러한 사정에 비추어 볼 때 연구대상판결은 이 부분에 대하여 좀 더 적극적으로 판단해 주어야 할 것이 아닌가 생각한다.⁸¹⁾

80) 개정 논의 과정에 대해서는 第299回國會(臨時會) 保健福祉委員會會議錄(法安審査小委員會) 第2號, 2011年4月14日, 國會事務處, 105~112면; 第301回國會(臨時會) 保健福祉委員會會議錄(法安審査小委員會) 第1號, 2011年6月10日, 國會事務處, 23~42면; 第301回國會(臨時會) 保健福祉委員會會議錄 第2號, 2011年6月22日, 國會事務處, 16·17·20·21·24~28면; 第301回國會(臨時會) 法制司法委員會會議錄 第6號, 2011年6月28日, 國會事務處, 50~51면 참고.

81) 앞에서 소개한 뇌파계에 대한 최근의 판결(서울고등법원 2016. 8. 19. 선고 2013누50878 판결)은 이러한 점을 다소 고려하고 있는 것으로 보인다. ‘한방의료행위’를 “사람의 고통이나 질병의 예방 또는 치료와 건강을 유지·증진시키기 위하여 전통적으로 내려오는 한의학과 이를 과학적으로 응용·개발한 한의학적 원리를 기초로 하여 한의사가 행하는 검사·진찰·변증·처방·제조·치료 및 한방요양지도와 한의사가 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’로 개념 정의하는 것(이부균, 앞의 논문 “한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰”, 281면)도 2011년 개정 『한의약 육성법』의 취지를 반영한 것으로 여겨진다. 한편, 이백휴·이평수·박윤희, 앞의 논문 “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 148·153면은 『한의약 육성법』상 한방의료행위 개념을 『의료법』상 한의사의 업무로서의 한방의료행위와 동일하다고 파악하는 것은 부당하다고 한다. 2011년 개정 『한의약 육성법』에 의하더라도 한의사가 서양의학적 원리에 의하여 개발된 현대의료기기를 한의학적 원리가 아니라 서양의학적 원리에 근거하여 사용한다면 무면허의료행위에 해당한다는 것이다. 이 점은 앞에서 소개한 국회 회의록에서도 드러난다. 당시 국회 보건복지위원회 수석전문위원의 법안 검토보고서에 따르면, 이 법의 개정취지는 한방원리를 기초로 한 진단기기·검사기기·치료기기 개발, 경락·경혈의 순환계로 알려진 봉한계의 영상화 및 내시경 장비 개발 등 한방의료기기의 현대화와 기술개발을 위한 것에 불과하다.

V. 맺음말

의사와 한의사의 이원적 면허체계를 기조로 하면서 면허 범위에 대한 추상적 기준을 설정하지 않은 현행법에서 연구대상판결과 같은 분쟁은 당연한 것이다. 의사와 의료행위와 한의사의 한방의료행위는 본질적으로 중첩되는 부분이 많으며 명확히 구분하기가 어렵기 때문에,⁸²⁾ 법령 및 판례상 한방의료행위 개념은 사후적인 평가규범에 가깝다고 볼 수 있다.⁸³⁾

한의학 내지 동양의학의 전통이 있는 중국, 일본, 대만의 상황은 어떠한가? 중국의 경우 의사, 중의사, 중서결합의사의 삼원적 의료체계를 취하고 있는데, 모두 특별한 제약 없이 서로의 분야에 대한 의료행위가 가능하다. 일본은 일찍이 서양의학을 중심으로 일원화하여 의과대학 내에서 한방 관련 과목을 교육하고 의사가 한방약을 처방할 수 있다. 대만의 경우 우리나라와 유사하게 의사와 중의사가 각기 다른 면허를 부여받고 각기 상대방의 업무를 할 수 없도록 금지하고 있다. 그러나 대만의 경우에는 의사와 중의사의 복수면허를 소지한 사람이 매우 많고 의사와 중의사의 업무 범위가 명확히 구별되어 있어서 직역간의 갈등이 크지 않다는 점에서 우리나라와 차이점이 있다.⁸⁴⁾

치과의사가 환자의 눈가와 미간에 보톡스 시술을 한 것이 치과의사의 면허 범위를 벗어난 의료행위가 아니라고 한 최근의 대법원 전원합의체 판결⁸⁵⁾이 화제가 되었듯, 의료기술의 발전과 시대 상황의 변화, 의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요는 전통적인 의료행위, 치과의료행위, 한방의료행위 개념의 경계를 모호하게 만들고 있다.⁸⁶⁾ 의사와 한의사의 이원적 면허

82) 범경철, “의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰”, 『의생명과학과법』 제2권, 2009, 70면. 한편, 이백휴·이평수·박윤형, 앞의 논문 “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 151면은 동일한 의료기기를 사용하더라도 해당 행위의 원리에 따라 의료행위로 평가할 수도 있고 한방의료행위로 평가될 수도 있다는 점을 지적한다.

83) 이미선·권영규, “판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰”, 『한국한의학연구원 논문집』 제15권 3호, 2009, 24면.

84) 김석영, “의료일원화의 외국 사례”, 『의료정책포럼』 제13권 4호, 2016, 25~30면.

85) 대법원 전원합의체 2016. 7. 21. 선고 2013도850 판결.

체계를 유지하면서 각 의료인의 면허범위를 법해석의 문제로 돌린 것은 입법부가 입법사항에 관한 문제를 회피한 것으로 볼 여지도 없지 않다. 그런데 다른 한편으로는, 의료행위·치과의료행위·한방의료행위의 경계에 관한 다툼을 해결할 수 있을 정도의 개념 정의를 실정법적으로 제시하는 것이 가능할까 하는 생각도 든다. 어쩌면 문제의 핵심은 각 의료행위의 개념을 설정하는 것이 아니라 의료일원화처럼 면허제도에 관하여 근본적인 해결책을 마련하는 데에 있지 않을까.87)

현대 의료기기의 사용과 한의사의 면허 범위 - 박 덕 봉·명 순 구	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2016.11.15	2016.11.19	2016.12.12

86) 한의사의 한방의료행위로 인식되어 온 침술과 유사한 IMS(Intramuscular Stimulation: ‘근육자극에 의한 신경근성 통증치료법’ 또는 ‘근육 내 자극치료’) 기법에 의한 시술에 대해 대법원은 “한방 의료행위인 침술행위에 해당할 여지가 많다”고 판단한 바 있다 (대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결). 이 사건의 원고였던 의사는 침을 이용한 치료를 했다는 이유로 45일의 의사면허 자격정지 처분을 받았고, 이를 취소해 달라는 소송을 제기하여 제1심(서울행정법원 2006. 7. 6. 선고 2005구합111)과 달리 제2심(서울고등법원 2007.8.10. 선고 200617923)에서는 승소했는데, 대법원은 이를 파기·환송한 것이다. 이어진 환송심(서울고등법원 2011. 10. 11. 선고 2011누16928)과 재상고심(대판 2012. 2. 23. 선고 2011두27889)에서도 원고의 항소 및 상고는 기각되었다. 이 사건에 대해서는 이백휴·이평수·박윤형, 앞의 논문 “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 141~144면; 김나경, 앞의 논문 “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 167~171면; 이경환·김만오·한선우, 앞의 논문 “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 131면을 참고할 수 있다.

이와 같은 방향에 있는 과거의 판결로서, 의사가 한방의서에서 약재로 보고 있는 소목과 감맥대조탕과립을 섞어 약재를 조제한 뒤 팔상의학에 따라 진단한 환자의 체질에 맞추어 이를 투약한 행위는 한의사의 면허 없이 한방의료행위를 한 것으로 본 것(대법원 1989.12.26. 선고 87도840 판결)이 존재한다.

87) 이백휴·이평수·박윤형, 앞의 논문 “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 148면은 의사의 ‘의료행위’와 한의사의 ‘한방의료행위’를 명확하게 구분하기 쉽지 않고 양측의 갈등으로 인한 부작용이 크다면 양자간 협진을 넘어 궁극적으로 의료체계의 일원화를 모색할 필요가 있다고 주장한다. 학문적 원리에 따라 각 행위에 요구되는 면허의 종류를 확정하는 것 역시 쉽지 않기 때문이다(김나경, 앞의 논문 “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 166면).

[참고문헌]

- 곽명섭, “의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰”, 『法과 政策研究』 제7집 제1호, 2007.
- 곽숙영, “한의사의 의료기기 사용에 대한 판례의 입장 고찰”, 『의료법학』 제15권 제1호, 2014.
- 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』 제13권 제1호, 2010.
- 김동수·최병희·이현지·권수현·권영규, “대만 중·서의 의료이원화 현황에 관한 연구”, 『동의 생리병리학회지』 제28권 1호, 2014.
- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2009.
- 김석영, “의료일원화의 외국 사례”, 『의료정책포럼』 제13권 4호, 2016.
- 김정화, “의료전문직 출현의 사회적 역동성 - 한의사를 중심으로”, 『보건과 사회과학』 제38집, 2015.
- 김재식·이원길·서장수·송경은·이중원·김풍택·이양수·강병조·이죽내·김두희·박영춘·정태호·김종석·손태중·박언휘, “의료일원화와 동서의학에 관한 연구”, 『의사학』 제7권 제1호, 1998.
- 都奎燁, “無免許 醫療行爲의 不法性에 관한 研究”, 成均館大學校 一般大學院 法學科 博士學位論文, 2013.
- 柳至泰, “의료행위의 개념”, 『高麗法學』 제39호, 2002.
- 朴潤栽, “韓末·日帝 初 近代的 醫學體系의 形成과 植民 支配”, 延世大學校 大學院 史學科 博士學位論文, 2002.
- 박윤재, “해방 후 한의학의 재건과 과학화 논의”, 『역사와 현실』 제79호, 2011.
- 박윤재, “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 『東方學志』 제154호, 연세대학교 국학연구원, 2011.
- 백경희·장영화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제22권 제1호, 2014.
- 범경철, “의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰”, 『의생명과학과법』 제2권, 2009.
- 사공영호·조병훈, “한의사의 영상의료기기 이용규제에 관한 비판적 고찰”, 『규제연구』 제22권 제2호, 2013.
- 선정원, “의료직업의 규제”, 『行政法研究』 제26호, 2010.
- 신현규, “동북아 지역의 전통의학 법률 비교 연구”, 『한국의료법학회지』 제7권 제1호, 2000.
- 이미선·권영규, “판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰”, 『한국한의학연구원 논문집』 제15권 3호, 2009.
- 이백휴·이평수·박윤형, “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용가능성과 한계”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 2011.
- 이부균, “한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰”, 『의료법학』 제13권 제2호, 2012.
- 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『法과 政策研究』 제7집 제1호, 2007.
- 여인석, “조선 개항 이후 韓醫의 動態”, 『東方學志』 제104호, 연세대학교 국학연구원, 1999.
- 여인석·박윤재·이경록·박형우, “한국 의사면허제도의 정착과정”, 『의사학』 제11권 제2호, 2002.

- 여인석·이현숙·김성수·신규환·박윤형·박윤재, 『한국의학사』, 대한의사협회 의료정책연구소, 2012.
- 윤태영·민병일·오인환·오창모·노국래, 『의대와 한의대의 통합을 통한 의료일원화 방안 연구』, 대한의사협회 의료정책연구소 연구보고서, 2012.
- 이경환·김만오·한선우, “무면허 의료행위의 규제에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 2011.
- 이주연, “의료법 개정을 통해서 본 국가의 의료통제”, 『의사학』 제19권 제2호, 2010.
- 이현지, “동아시아 전통 의학의 세계화와 의료 헤게모니의 변동”, 『사회와이론』 통권 제22집, 2013.
- 장연화, 면허외 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임, 『刑事判例研究』 제20권, 2012.
- 장준혁, “무면허의료행위에 대한 형사법적 쟁점”, 『의료법학』 제15권 제1호, 2014.
- 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012.
- 하태인, “무면허 의료행위 형사처벌의 타당성”, 釜山大學校 『法學研究』 第51卷 第3號, 2010.
- 황상익, “한의학과 서양근대의학의 만남”, 『역사비평』 1998년 11월호.

【국문초록】

면허를 받아 한의원을 개설·운영하던 한의사가 엑스선 골밀도측정기(GPA-1000)를 설치하여 환자들에게 성장판 검사를 한 것에 대하여 검찰청은 의료법 위반을 이유로 기소유예 처분을 하였다. 보건복지부장관은 이 행위를 이유로 1개월 15일 동안 한의사면허 자격정지 처분을 하였다. 연구대상판결은, 해당 행위가 한의사의 면허범위를 벗어나지 않았으므로 한의사면허 자격정지처분은 부당한 것으로 취소해 달라는 원고의 청구를 기각했다.

우리나라는 전통적인 의학기술인 한의학과 외국에서 들어온 서양의학을 다른 진료행위로 구분하므로, 한의사는 의사의 영역에 속하는 의료행위를 할 수 없고 의사는 한의사에 속하는 의료행위를 할 수 없다. 그런데 최근 의료기술의 발달로 한의학과 서양의학의 진료 기술 및 방법이 서로 접근하면서 양자의 한계를 명확히 구분하기 힘든 경우가 자주 발생하고 있다. 그중 빈번히 문제되는 사안이 한의사가 영상의료기기를 사용하는 경우이다. 특히 초음파 기기의 경우 한의사가 이를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 치료행위를 하는 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니므로 한의사에게 면허된 의료행위로 보기 어렵다는 두 차례의 헌법재판소 결정 이후에도 논란이 계속되었다. 연구대상판결은 이러한 사회적 맥락 속에서 나온 것이다.

의사와 한의사의 이원적 면허체계를 기조로 하면서 면허 범위에 대한 추상적 기준을 설정하지 않은 현행법에서 연구대상판결과 같은 분쟁은 당연한 것이다. 치과의사가 환자의 눈가와 미간에 보톡스 시술을 한 것이 치과의사의 면허 범위를 벗어난 의료행위가 아니라고 한 최근의 대법원 전원합의체 판결이 화제가 되었듯, 의료기술의 발전과 시대 상황의 변화, 의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요는 전통적인 의료행위, 치과의료행위, 한방의료행위 개념의 경계를 모호하게 만들고 있다. 의사와 한의사의 이원적 면허체계를 유지하면서 각 의료인의 면허범위를 법해석의 문제로 돌린 것은 입법부가 입법사항에 관한 문제를 회피한 것으로 볼 여지도 없지 않다. 그런데 다른 한편으로는, 의료행위·치과의료행위·한방의료행위의 경계에 관

한 다툼을 해결할 수 있을 정도의 개념 정의를 실정법적으로 제시하는 것이 가능할까 하는 생각도 든다. 어쩌면 핵심 문제는 각 의료행위의 개념 설정 이라기보다는 의료일원화와 같은 면허제도에 관한 근본적 해결책이 아닐까 하는 생각이 든다.

【Abstract】

The Use of Modern Medical Appliances and the License
Scope of Korean Medicine Doctors

- An Evaluation of the Seoul Administrative Court Decision

2015GuHab68789 Delivered on June 23, 2016 -

Deokbong Bak

(Korea University School of Law, PhD student)

Soon-Koo Myoung

(Korea University School of Law, Professor)

A licensed Korean medicine doctor ran a Korean medicine clinic in which he operated an X-ray bone density scanner(model number GPA-1000) in order to take growth plate images. In this regard the prosecutor's office suspended indictment for reasons of violating the Medical Act. The minister of health and welfare suspended the license of the Korean medicine doctor for 1.5 months. The Seoul Administrative Court dismissed the plaintiff's motion for vacating the suspension of license, although the plaintiff argued that the treatment he provided was within the scope of his Korean medicine license.

In Korea there is a strict differentiation of medical treatment provided in the realm of Korean medicine and Western medicine. Therefore Korean medicine doctors cannot practice Western medicine and Western medicine doctors are barred from practicing Korean medicine. However with the latest development of medical appliances it is becoming increasingly difficult to draw a clear line between the two

types of medicine. Problems arise when Korean medicine doctors use medical imaging devices. Of particular significance is when Korean medicine doctors use ultrasound devices in diagnosing and treating patients. Although the Constitutional Court has twice delivered its Opinion on the matter by saying that such medical acts cannot be seen as being based on Korean medicine the debate continues to exist in this regard. The Seoul Administrative Court's decision is in the vein of the Constitutional Court's Opinions.

Unless the current dual license system is revised and a new abstract standard for setting the scope of license is introduced the court has no choice but to deliver decisions like the one studied here. As witnessed from the Supreme Court en banc decision that recognized a dentist's botox injection into an area around the eyes and eyebrows of a patient, the circumstances surrounding the development of modern medical technology, the changing perception of medical treatment, and other factors are blurring the line between traditional western medicine, dental treatment, Korean medicine. By maintaining the dual system between Western and Korean medicine and leaving the scope of license of doctors to the realm of interpretation, lawmakers are in a sense abdicating their duty. On the other hand, it is not easy to define the precise boundaries between traditional western medicine, dental treatment, Korean medicine. This is why rather than attempting to provide for a definition, a fundamental solution to the problem may be the unification of the license system of doctors.

주제어(Keyword) : 한의사(Korean Medicine Doctor), 한의사의 면허범위(Scope of License of Korean Medicine Doctor), 한의사와 영상의료기기(Korean Medicine Doctors and Medical Imaging Devices), 한의사와 현대의료기기(Korean Medicine Doctors and Modern Medical Appliances), 의료인의 면허(License of Medical Personnel), 의료일원화(Unification of the Medical Sector), 이원적 의료체계(Dual Medical System)