

한방 의료행위의 개념과 그 한계 - 법령과 판례를 중심으로 -

¹권순조, ^{2,3}엄석기

¹단국대병원융합의료센터, ²단국대학교 대학원, ³단국백시아나노암연구소

The Concept of Practice of Korean Medicine and the Limitations - Focusing on Legislations and Precedents -

¹Soon-Jo Kwon, ^{2,3}Seok-Ki Eom

¹Consilience Medical center, Dan-Kook University hospital

²Dept. of Medical Consilience, Graduate School of Dan-Kook University, ³Nexia Nano Cancer Institute, Dan-Kook University

Objectives : The purpose of this study is to suggest how to interpret the ‘practice of Korean Medicine’, differentiating it from ‘medical practice’.
Methods : I analyze the legislations and precedents regarding the practice of Korean Medicine.

Results : The Korean Medicine and Pharmaceuticals Promotion Act defines ‘practice of Korean Medicine’ and it clearly differentiates it from the definition of ‘medical practice’. However, the scope of this definition is somewhat restricting and it can violate doctors of Korean Medicine’s right to equality and their academic freedom. Thus, the application of this definition of the ‘practice of Korean Medicine’ should be limited to the field of research and development. Meanwhile, criteria of distinguishing ‘practice of Korean Medicine’ from ‘medical practice’, which used to make a sharp distinction between Medicine and Korean Medicine by rigorously applying their academic standards, are now focusing more on protecting and improving health of the people.

Discussions & Conclusions : I suppose that the distinction between the ‘practice of Korean Medicine’ and ‘medical practice’ will be more focused on public health rather than the academic stance of those two medical fields. Meanwhile, in accordance with dualistic medical system, the mutual usage of medical equipment in the area of ‘treatment’ should be limited while it should be allowed in the area of ‘diagnosis’ if it satisfies requirements suggested by the Constitutional Court.

Key words : Medical Practice, Practice of Korean Medicine, Korean Medicine and Pharmaceuticals Promotion Act, Unlicensed Medical Practice, Medical Equipment

I. 서론

의학이란 학문은 실용학문으로서 사회와 문화 그리고 과학의 발전을 흡수·융합하며 발전해 나가는 특성을 가지고 있다. 따라서 의학의 임상현장에서의 실천적 개념인 ‘의료행위’는 성문법으로 정의규정을 두기 곤란한 면이 있고, 이에 따라 우리 의료법 및 의료관계 법령도 ‘의료행위’에 관하여 적극적인 정의규정을 두지 않고 있다.¹⁾ 헌법재판소도

접수 ▶ 2015년 05월 19일 수정 ▶ 2015년 05월 30일 채택 ▶ 2015년 05월 26일
2013년도 한국한의학연구원 주요사업 ‘<신동의보감> 편찬 사업-역사문헌 증보와 현대한의지식 통합(K13380)’의 세부과제 연구보고서 『한의학과 의료윤리법 연구 I - 한방의료행위와 한약사 관련 법제 변천 및 개념 분석』 중의 ‘IV. 한방의료행위와 한약사에 대한 법률적 개념 분석 1, 2.’의 내용을 기초로, 한국한의학연구원의 동의하에 추가 진행한 연구 결과를 게재한다.
교신저자 ▶ 엄석기, 경기도 용인시 수지구 죽전로 152
단국대학교 대학원 생명융합학과(복지관 5층)
Tel : 031-260-5737 Fax : 031-260-5739 E-mail : sku0808@hanmail.net

1) 의료법 제12조 제1항에서 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행”을 의료행위로 규정하고는 있으나, 순환논법으로 규정하고 있어 의료행위를 구체적으로 정의하고 있다고 볼 수는 없다. 한편, 특허법 제96조 제2항은 “의약”을 “사람의 질병의 진단, 경감, 치료, 처치 또는 예방을 위하여 사용되는 물건”으로 칭하고 있어 특허법이 간접적으로 의료행위의 개념정의를 하고 있다고 보는 견해도 있다(조영선, 『특허법(제3

일관되게 의료법 상 의료행위에 대한 명확한 정의규정 없이 무면허 의료행위를 처벌하는 규정이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다는 입장이다.²⁾ 다만, 헌법재판소와 대법원은 무면허 의료행위에 대한 규제를 위해 대체로 '의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미'한다고 개개의 구체적 사건에서 대략적으로 정의하고 있다.³⁾ 한편, 의료법 제27조 제1항 본문은 '의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.'고 규정하고 있고, 우리나라 특유의 이원적 의료체제로 말미암아 동법 제2조 제2항에서 종별로 의사는 '의료와 보건지도'를, 치과의사는 '치과 의료와 구강 보건지도'를⁴⁾, 한의사는 '한방 의료와 한방 보건지도'를 임무로 한다고 규정하고 있어, "비의료인의 무면허 의료행위"는 물론 의료행위와 한방 의료행위의 관계에 따른 "의료인의 무면허 의료행위" 또한 규제가 이루어지고 있다. 특히 의료법은 모두 일률적으로 (치과)의사와 한의사를 '의료행위'의 주체로 규정하고 있으면서도, 2003년 제정된 한의약육성법에서는 '한의약'에 대한 정의 중 '우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 의료행위(한방의료)'라고 규정함으로써 처음으로 한방 의료행위에 대한 개념정의를 시도하였고, 이 규정은 2011년 '우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방 의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방 의료행위(한방의료)'로 개정되는 등 사실 상 의료법 외 법률에 의한 한방 의료행위에 대한 정의가 이루어지고 있어 기존 '의료행위'와 '한방 의료행위'의 관계에 대한 논란을 가속화시키고 있다.

이러한 의료행위와 한방 의료행위의 관계에 대한 의료법 상 명확한 정의규정의 부재, 한의약 관련 기술의 현대화에 따른 의료행위와 한방 의료행위의 구분의 곤란, 이에 대한 보건복지부, 식품의약품안전처와 수사기관 및 법원의 입장 변화 등으로 기존의 의료행위와 한방 의료행위의 관계에

대한 논의가 최근 새로운 국면에 들어섰다고 본다. 이는 의사와 한의사의 직능 간의 갈등과 맞물려 지속적으로 소모적인 논쟁과 법률적 분쟁을 야기하고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 직능 간의 갈등과 사회적 논란을 최소화하기 위해서는 '의료행위'와 '한방 의료행위'에 관하여 규율하고 있는 현행 법령에 대한 명확한 해석론을 제시하는 것이 무엇보다 중요한 바, 이는 보건복지부, 식품의약품안전처와 수사기관 및 법원의 무면허 의료행위에 대한 규정의 해석과 적용 기준이 되는 것일 뿐만 아니라, 특히 무면허 의료행위에 관한 규정의 수범자인 의사와 한의사로 하여금 '의료행위'와 '한방 의료행위'를 행함에 있어 예측가능성을 담보하여 보다 안정적인 의료서비스 제공할 수 있도록 하여 궁극적으로는 의료법의 목적인 국민의 건강을 보호하고 증진시키는 데에도 기여하기 때문이다. 그러나 한방의료행위에 관한 최근 연구로는 의료행위와 한방의료행위의 중첩 양상⁵⁾ 혹은 한방의료행위의 구성 요소⁶⁾, 한방의료행위 개념의 법적 근거⁷⁾ 등이 있을 뿐이며, 한방 의료행위 자체의 해석론에 대한 전문적인 연구는 부족한 실정이다.

이에 저자는 한의약육성법이 '한방 의료'에 대한 정의 규정을 둠에 따라 변화를 가져온 한방 의료행위에 대한 판결례⁸⁾ 등을 살펴봄과 동시에, 이를 토대로 현행 의료법 하에서 기존의 경험적이고 관습법 적이었던 '한방 의료행위'가 '의료행위'와의 관계에서 어떻게 해석되어야 할 것인지에 대한 해석론을 제시하고자 한다.

II. 본론 및 고찰

1. 의료행위의 개념

1) 의학과 의료의 관계

의료법에서의 '의료'란 확립된 '의학'에 그 행위의 기초와

판)』. 서울:박영사. 2011:95).

2) 현재 2013. 6. 27. 선고 2010헌마658 결정, 현재 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19 등 결정 등

3) 현재 2013. 6. 27. 선고 2010헌마658 결정, 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결, 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결 등

4) 아래에서 치과의사는 의사에 포함한다.

5) 백경희, 장연화, 「양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」, 한국의료법학회지. 2014;22(1):123-143.

6) 이부균, 「한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰」, 의료법학. 2012;13(2):263-284.

7) 이미선, 권영규, 「판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰」, 한국한의학연구원논문집. 2009;15(3):19-28.

8) 관련 법령은 국가법령정보센터(<http://law.go.kr>)에서 검색하였으며, 판결례는 대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr>), 헌법재판소(<http://www.ccourt.go.kr>) 등에서 검색하였다.

근거가 있고, 일반적으로 ‘의학’은 연구 학문에 한정하고 ‘의료’는 의학의 응용으로 보아 양자는 이론과 응용의 관계로서 파악된다. 즉, ‘의학’이란 ‘의료’라는 실천경험으로부터 얻어진 것을 분석하고 정리해, 이것을 다른 자연과학이나 사회과학 분야로부터 얻어진 지식을 사용해 체계화한 것이고, 이에 대해 ‘의료’란 인간의 경험을 통해서 스스로의 지혜에 의해 경험을 정리해서 동일한 병상(病狀)을 나타내는 것에는 동일한 원인이 있다고 보아, 동일한 치료를 행하면 좋은 결과를 얻을 확률이 높다는 것을 알고 그 경험이 정리되어 의료기술로서 축적되어진 것으로, 확립된 의학 위에 그 행위의 기초와 근거가 있으므로, 양자는 상호 존재근거로 작용한다.⁹⁾

2) 의료행위의 개념

일반적으로 의료법에서 규제하고 있는 임상현장에서의 실천적 개념인 ‘의료행위’라 함은 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 질병의 예방이나 치료 등을 하는 것을 말한다. 넓은 의미의 ‘의료행위’에는 문진(問診), 타진(打診), 청진(聽診) 각종 검사 등에 의한 질병의 진단, 주사, 투약, 약물의 도포, 외과수술과 치료, 재활 등의 예후적 치료행위, 기타 질병의 예방 내지 공중위생을 위한 의료처치를 포함한다. 그리고 의료종사자에는 의사 외에도 약사, 간호사는 물론 의료에 종사하고 있는 각종 직능의 전문인을 모두 포함한다. 그러므로 넓은 의미에서의 의료행위는 모든 의료종사자의 직무상의 행위를 말한다. 그러나 우리 의료법이 넓은 의미에서의 의료행위 중에서 간호사, 조산사의 의료행위를 제외하고 진료업무만을 의사에 한정하고 있는 것은 진료행위야말로 오직 의사가 하지 않으면 보건위생상 위험을 초래할 가능성이 있다고 판단하였기 때문이다. 따라서 ‘좁은 의미의 의료행위’라 함은 의사의 의학적 지식과 기술을 사용하지 않으면 생리상 위험을 초래할 염려가

있는 진료행위를 말하며, 이러한 의료행위는 위험성, 예측 곤란성, 재량성, 비공개성 등의 특징을 지닌다.¹⁰⁾ 따라서 의료법에서는 의료, 즉 의료행위 개별사안에 대한 구체적 정의를 하고 있지 않으며, 개념의 개방성을 유지하려는 경향을 유지하고 있다. 즉, 의료법 제12조 제1항에서는 ‘의료인이 하는 의료, 조산, 간호 등 의료기술의 시행(이하 ‘의료행위’라 한다)’이라고만 규정하고, 그 구체적 의미에 대한 설명은 판례나 해석에 맡기고 있다.¹¹⁾ 의료법 등에서 의료행위에 대하여 어떠한 실질적인 정의규정을 두고 있지 않은 것은 의학·의술의 진보에 따른 유동적이고 다의적인 일반적 추상적인 정의를 법문 상 명시하는 것은 곤란하다는 점 등을 고려한 것으로서, 국가가 확립적·법칙적인 기준을 설정해서 의료행위의 내용에 간섭하는 것은 원하지 않는다는 것을 고려한 것이다.¹²⁾

의료행위의 개념에 대한 판결례의 추세를 살펴보면, 개념의 개방성을 적용하여 특별한 정의가 없을지라도 국민보건향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지 하는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능¹³⁾으로 학문적 근거 및 목적에 의해 판단되는 행위로 보고 있고, 결국은 구체적인 개별 사건에서 사회통념에 따라 판단하고 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾ 또한 의료행위에 대한 종래 판결례는, 첫째 협의의 ‘질병의 예방과 치료행위’라고 보는 입장, 둘째 광의의 ‘질병의 예방과 치료행위’라고 보는 입장, 셋째 의료법의 입법목적에 충실한 입장, 넷째 ‘질병의 예방 치료 및 보건위생상 우려가 있는 행위’로 보는 입장 등 크게 네 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.¹⁵⁾ 한편, 의료행위의 개념에 관하여 판단한 우리나라 법원의 판례와 헌법재판소의 결정은 시대적 흐름에 따라 ① 질병의 예방이나 치료행위에 국한하는 단계 → ② 신체에 대한 침습을 야기할 위험성을 내포한 행위로 확대한 단계 → ③ 보건위생상 위험을 가하는 행위까지 포섭하는 단계를 거치면 변화하였다¹⁶⁾. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 최근 면허범위 외 의료행위에

9) 황만성. 「무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념」. 형사판례연구. 2004;14:513-537.

10) 이덕환. 『의료행위와 법』. 서울:현문사. 2010:11-13.

11) 대한의사협회. 『의료법원론』. 서울:법문사. 2008:7.

12) 황만성. 「무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념」. 형사판례연구. 2004;14:513-537.

13) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 : 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행해야 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다.

14) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결 : 의료행위란 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것으로서, 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과수술 등의 행위를 하는 것을 말하고, ... 그러나 의료행위의 내용에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없고, 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서, 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하도록 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위의 내용을 판단하여야 한다.

15) 황만성. 「무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념」. 형사판례연구. 2004;14:513-537.

관한 논란 가속으로 이에 대한 판결례와 결정례 등이 축적되면서 양방 의료행위와 한방 의료행위의 구별을 위한 해석론의 변화가 있다.

2. 한방 의료행위의 개념과 그 한계

1) 개념의 연혁과 판결례의 입장 변화 - 한의약육성법 제·개정을 중심으로

의료법 제2조 제2항 제3호에 의하면 한의사는 ‘한방17) 의료’와 ‘한방 보건지도’를 임의로 한다. 여기에서 ‘한방 의료’란 의료법에 따라 한의사가 할 수 있는 의료행위, 즉 한의사가 아니면 할 수 없는 한방 의료행위를 의미하고, 앞서 언급한 바와 같이 이원적 의료체제로 말미암아 의사의 의료행위와 구별하고 있다. 한방 의료행위에 대한 정의 시도가 한의약육성법 제정으로 처음으로 이루어졌기 때문에 연혁적으로 한방 의료행위에 대하여 과거 어떻게 규정되어 왔는지를 먼저 살펴 볼 필요가 있다.

‘한방 의료’란 용어가 의료법에 처음 등장한 것은 1962년 의료법 전부개정부터이다. 그러나 의료행위와 마찬가지로 한방 의료행위에 대한 정의규정은 한의약육성법이 제정된 2003년 8월 이전에는 존재하지 않았었다. 다만, 헌법재판소가 현재 1996. 12. 26. 93헌바65 결정에서 “의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방 의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면 침시술행위는 ... 한방의료행위에 포함되는 것이 명백하고, 한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학의 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다.”고 하였으며, 현재 2003. 2. 27. 2002헌바23 결정에서 “한방치료행위는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없어 헌법에 위반되지

아니한다 할 것이다.”라고 한 바 있을 뿐이다. 이는 우리의 선조로부터 역사적으로 굳어진 전통적 의학으로서 통상적인 상식과 법 감정으로 인정할 수 있는 한방 의료행위란 관습적 개념을 명문화한 것으로 판단된다.

그러나 2003년 한의약육성법 제정 시에 ‘한의약’의 정의를 통해 ‘한방의료’에 대한 정의를 시도한 이후로는 이에 근거하여 한방 의료행위 개념을 좀 더 구체적으로 한정하고자 하는 판결례의 변화가 나타나고 있다. 이는 현대의 이원적 의료제도에 맞게 관습적이던 범주를 성문화하여 구체화한 경우라 할 것이나, 의료행위 개념의 개방성이 여전히 유지되고 있는 것과는 차별화되는 변화라 할 것이다. 즉, 보건복지부 한방의료담당관실 민원답변(2004년 12월)에 의하면 “한의사는 의료법 제2조 제2항 제3호에 의하여 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임의로 하고, 한방 의료행위라 함은 한방원리에 의한 전문지식을 기초로 하여 진찰, 검안, 투약 등 질병의 예방 또는 치료행위와 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라 하였고, 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결(한의사가 한의원을 운영하면서, 환자에게 대하여 주당 최대 동작부하의 총량이 10mA/분 이하의 진단용 엑스선 발생기인 생기기인 BGM-6을 사용하여 성장판 검사를 실시한 사실이 적발되어 한의사면허자격정지 1월 15일의 처분을 받자 이에 불복하여 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사안)에서는 “한방 의료행위는 사회통념상 우리의 옛 선조로부터 전통적으로 내려오는 한의학의 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 하는 것을 의미한다.”고 하였고, 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결도 “한의약육성법 제2조 제1호가 한방医료를 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 의료행위라고 정의하고 있다.”고 하여 간접적으로 의료행위와 한방 의료행위의 구별하는 데 있어 한의약육성법의 정의 규정을 활용할 수 있다는 점을 시사하고 있다.¹⁸⁾ 그러나, 헌법재판소 2013. 2. 28. 2011헌바398

16) 백경희, 장연화, 「양방의료행위와 한방의료행위의 의미 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」, 한국의료법학회지, 2014;22(1):127.

17) 의료행위와 구별하면서 사용되어지는 ‘한방 의료’란 용어 중의 ‘한방’이란 용어의 근현대 법률상 사용에 관련한 최초의 자료로는 1914년 2월의 <의생면허방침에 관한 건>이라는 총독부 유권해석으로 보인다. 이는 조선총독부령 제102호로 1914. 1. 1.부터 시행된 <의생규칙>에 관한 것을 설명한 것으로, 1900년 대한제국의 <의사규칙>에 의한 의사(醫士), 즉 종래개업의 한방의사를 의생(醫生)으로 하여 그 업을 계속케 한다는 내용이고, 이 <의생면허방침에 관한 건>에 從來開業醫 漢方醫士란 문구 중에 漢方이라는 용어가 최초로 등장하였다. 이는 의원(醫員, 동네의사)과 의관(醫官, 공직의사)이라는 전통용어가 의생으로 대체되면서 또한 동의(東醫) 혹은 향약(鄉藥)이란 전통의학을 표현하던 용어가 한방(漢方)이란 일본식 용어로 대체되기 시작하였음을 보여준다. 이러한 변화에는 법령과 행정규칙에서 사용하는 용어가 가장 큰 영향을 미친 것으로 판단된다. 한편, 이러한 변화에 해당하는 대표적인 용어로 또한 전통적인 ‘약재’를 대체한 ‘생약’이란 용어가 있다. 법규상의 ‘한방’ 및 ‘생약’ 등의 일본식 용어 사용에 관한 문제 제기 및 ‘한의’ 및 ‘약재’ 등의 전통 용어로의 복원이 시급하다.

18) 한편, 한방의료행위 여부의 판단기준으로 법원과 헌법재판소가 취하는 있는 태도를 2009년까지의 판례를 통해 분석하고 현행 법령의 문제점을

결정에서는 “한방의료행위는 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료 행위를 하는 것을 의미하므로 위 규정이 불명확하다고 볼 수 없다.”라고 하였는데, 이는 2011년 과학적 한방의료행위도 포함토록 개정된 한의약육성법의 한의약 정의를 반영하지 못하고 있는 것이다. 결국 이러한 변화는 한방의료 개념이 의료법이 아닌 한의약육성법의 한방의료 정의규정에 따라 특히 전통적인 개념을 강조하며 일부 한정하여 해석되고 있음을 보여준다.¹⁹⁾ 그리고 이러한 사실은 한방의료행위에 대한 해석론이 한의약 육성법 상 한방의료 정의규정의 문제점에 대한 분석에서부터 출발해야 함을 알려준다.

2) 한의약육성법 상 한방의료 정의규정의 문제점

한의약육성법 제2조 제1항에서 “한의약이라 함은 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방 의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용 개발한 한방 의료행위(이하 “한방의료”라 한다)와 한약사(韓藥事)를 말한다.”고 정의하고 있다. 한의약계는 ‘과학적’이라는 표현을 두고 현대의 학문과 기술의 발전을 흡수하며 응용·개발된 현대한의학 분야를 한방 의료행위 및 한약사의 영역이라고 주장하는 데 반하여, 의약계는 그러한 분야는 한방 의료행위와 한약사의 면허 범위를 벗어나는 것이라고 주장하고 있는 등 해석이 분분하다. 실제로 일선 한방 의료기관 중 일부가 현대 의료기기 사용 등이 의료법 상 무면허 의료행위라거나 현대화된 제형의 한약 조제가 약사법 상 무허가 의약품 제조·판매라는 혐의 등으로 보건소 및 식품의약품안전처, 경찰, 검찰 등에 고발이 계속되는 등 논란이 가속화되고 있는 실정이다(반대로 한방 의료행위의 침술과 관련된 IMS 등 무면허 의료행위 고발, 천연물신약 처방권과 관련된 소송 등의 문제도 발생하고 있다).

한의약육성법은 서양의약과는 다른 한의약 고유의 특성에 따른 한의약의 발전적 기반 조성을 위하여 제정한 특별법이다.²⁰⁾ 따라서 이 법에서 정의한 한의약은 ‘서양의약과

는 다른 한의약 고유의 특성에 따른 한의약의 발전적 기반 조성’을 위한 것임이 분명하다 할 것이다. 그러나 이러한 배경의 ‘한의약’ 개념을 통하여 임상현장의 ‘한방 의료행위’의 범위를 한정적으로 판단하는 것이 한방 의료행위에 관한 판례의 최근 추세라고 판단된다. 이는 의료법의 전신인 국민의료법이 1951년 제정될 당시 ‘한의사’를 규정하고 있었고, 의료법에서 1962년 ‘한방 의료’를 명문화한 이래로 우리의 선조로부터 역사적으로 굳어진 전통적 의학으로써 한의약을 관습적으로 범주화하고 한방 의료행위를 판단하던 상황에서, 2003년 한의약육성법 제정 이후 한의약 정의를 통하여 관습적 한의학을 재평가한 한의학적 전문지식에 근거한 전통적 한방 의료행위라는 범주로 구체화하여 판단하였으며, 더욱이 2011년 한의약육성법 개정 이후에는 한의학적 전문지식에 근거한 전통적 한방의료와 이를 기초로 과학적으로 응용 개발한 과학적 한방 의료행위의 범주에 한하여 한방 의료행위로 판단하고 있음을 의미한다. 그러나 이러한 2011년의 한의약 정의 규정의 개정에도 불구하고, 여전히 전통적 한방의료를 강조한 헌법재판소의 결정 등이 이루어지고 있는 실정이다. 이는 의료행위에 대하여 의료법 등에 어떠한 실질적인 정의규정을 두지 않고 개념의 개방성을 적용하며 국가가 획일적 법칙적인 기준을 설정해서 의료행위에 간섭하는 것을 원하지 않는다는 것을 고려할 때, 이는 의료행위의 주체인 의사와 비교하여 볼 때 헌법상 평등권에 위배되는 합리적인 이유 없는 차별을 한의사가 받고 있는 것이라 할 것이다.²¹⁾ 또한 의료법이 아닌 한의약육성법의 한의약 정의를 이용하여 한방 의료행위의 범주를 제한함으로써 한방 의료행위는 물론 한의학 연구의 위축을 필연적으로 야기할 수밖에 없어, 과연 헌법에 보장된 학문의 자유 정신에 부합하는 것인가의 문제가 또한 제기될 수 있을 것이다.

한편, 한방 의료행위 정의에서 ‘우리의 선조들로부터’라는 문구는 지칭학적으로 한반도를 배경으로 하는 전통의학 지식체계로 그 분야를 한정하는 것으로, ‘전통적으로 내려오는 한의학’이라는 문구는 현대 이전의 한의학 의료행위를

분석한 다음의 논문이 있다. 관련 내용을 참고하기 바란다.

이미선, 권영규. 「관례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰」. 한국한의학연구원논문집. 2009;15(3):19-28.
 19) 백경희, 장연화. 「양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」. 한국의료법학회지. 2014;22(1):131.
 20) 한의약육성법[법률 제6965호, 2003.8.6. 제정] <제정이유> 현행 한의약은 서양의약과 함께 의료법과 약사법에 분산, 규정되어 있는 바, 서양의약과는 다른 한의약 고유의 특성에 따른 한의약의 발전적 기반을 조성하기 위하여 필요한 계획수립, 지원시책 등에 관한 사항을 새로이 단일의 제정법으로 정하려는 것임.
 21) 의료행위가 양한방 의료행위의 이원적 체계를 이루고는 있으나 실제 의료인의 수를 보면 2012년의 경우 의사의 수는 107,295명, 한의사는 20,668명, 치과의사는 26,804명으로 의사의 수가 한의사의 수보다 5배 이상 더 많은 점을 볼 때 동등한 이원적 체계를 이루지 않고 양방의료에 치우친 형태를 이루고 있는 것기도 관련이 있다고 할 것이다.(백경희, 장연화. 「양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」. 한국의료법학회지. 2014;22(1):130-131.)

기반으로 하되 현재 재평가되어 사용되고 있는 한방 의료 행위를 의미하는 것으로 판단된다. 즉 한국 근·현대사회의 분기점으로 보는 1945년을 중심으로 그 이전의 한반도 중심의 전통한의학 지식체계를 바탕으로 적어도 1930년대 이전의 고문헌 기록이 있으며 현대사회에서 재평가되어 현재 사용되어지고 있는 한의학적 의료행위를 구체화한 것으로서, 즉 현재 현장에서 그 가치를 인정받은 의료행위로서 특히 과거와의 연속성이 있으면서 재평가되어 사용되어지는 의료행위라면 전통적이며 정통성이 있는 한방 의료행위²²⁾라 할 수 있다 할 것이다. 또한, ‘기초로 한’이라는 문구는 ‘기초로 재평가한 한의학적 전문지식에 근거한’을 의미하는 것으로 판단된다. 즉 기존 한의서의 내용, 각종 하위 행정 규칙 [대한민국약전, 대한민국약전외한약(생약)규격집 등] 과 공정서의 내용, 한의표준진료행위 및 건강보험요양급비용 내역, 전문학회의 활동과 교육의 여부 등으로 판단 가능한 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 재평가한 한의학 전문지식에 근거한 한방 의료행위라는 의미를 반영한 것이다. 재평가한 한의학 전문지식에 해당하는 자료가 현재 전통적으로 내려오는 한의학의 치료도구, 방법 등에 관한 법률적 판단 근거로 활용되어야 할 것이다.

2011년 한의약육성법 개정에 의해 한방 의료행위 정의에 ‘이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한’이라는 문구가 추가되었다. 이는 현대에서 연구·개발한 한방 의료기술을 성문법 내에서 구체화한 것이다. 법제처에서는 한의약육성법 개정이 한의약의 외연(外延)을 과학적으로 응용·개발한 한방 의료행위까지 확대함으로써 한의약 산업의 발전과 국제경쟁력 강화를 도모하고 중국적으로 국민에게 높은 수준의 의료서비스를 제공하려는 것이라고 밝히고 있다. 그러나 개정된 한방 의료행위 정의에서 ‘이를 기초로 하여’라는 문구는 ‘우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방 의료행위’로 영역을 제한하고 있고, ‘과학적’이라는 문구는 연구·개발 방법론을 구체적으로 제시하고 있으며, ‘응용·개발한’이란 문구는 신기술을 제외하는 한계를 내포하고 있다. 즉 ‘이를 기초로 하여’라는 문구는 한의약 연구·개발의 소재를 전통적 한의학의 범위로 제한하는 의미로 보이고, 이는 ‘과학적으로 응용 개발한’이라는 문구와 연결되어 한의약육성법으로 육성하는 한방 의료기술이 ‘기존에 있었던 의료기구 기준에 허가된 재료를 사용하여 개발한 수술이나 진료방법 등을 활용하여 개발한 응용

기술’에 한정하여 한방 의료행위를 정의함으로써, 과학적 한방 의료행위를 제한하는 의미로 해석될 수 있는 위험성이 있다고 보인다.

결국 이러한 ‘한의약’ 정의에 의하면, 한방 의료행위의 개념은 ‘우리의 선조들로부터’라는 지정학적 한정 및 ‘전통적으로 내려오는 한의학’이라는 시대적 영역 한정, ‘기초로 한’이라는 당대의 재평가라는 의미, ‘이를 기초로 하여’라는 연구·개발 소재의 한정, ‘과학적으로’라는 연구개발 방법론의 한정, ‘응용 개발한’이라는 연구영역의 제한 등에 대한 문언적·보수적 해석을 통하여, 그 개념 범위를 제한할 수 있는 문제점이 있다. 이 중에서도 특히 ‘응용·개발’이란 문구가 한의약기술을 한방의료기술 중 ‘응용기술’ 및 한약관련기술 중 ‘기허가품목’에 관한 기술로만 한정하여 해석할 수 있음을 경계할 필요가 있다. 이는 한방의료기술과 한약관련기술의 유형을 크게 ‘응용기술’과 새로운 기구 새로운 재료, 새로운 방법 등으로 진료를 하는 것을 ‘신의료기술’로 구별할 때, 의료법이나 약사법에서도 규율하고 있지 않은 한방의료기술과 한약관련기술의 범위를 특별법의 성격을 가진 한의약육성법으로 응용기술에 국한하여 정의하는 결과를 초래할 수 있다. 한편, ‘응용기술’에 있어서는 전통적 한의학의 학문적 영역에서 출발하여 과학적으로 응용·개발하였음을 관련 전문 학회를 통하여 안전성·유효성에 관한 과학적 근거를 들어 입증해야 한다는 점을 명확히 한 측면이 또한 있다.

한의약육성법 상 ‘한의약’ 정의를 통해 기존 의료행위의 정의와 달리 한방 의료행위에 대한 정의를 시도한 것은, 의료행위와 한방 의료행위의 구별기준에 얽혀있는 이해관계 등을 불식시키고자 하는 시도임과 동시에 관습적 한의약을 전통적, 과학적 한의약으로 발전하게 하기 위한 입법자의 선택으로 볼 수도 있을 것이다. 의료법 및 한의약육성법의 입법목적 등을 고려하여 한방 의료행위의 개념을 정의한다면, 한의약육성법의 한방 의료행위 정의는 연구·개발 분야에 국한된 개념으로 제한하는 방향으로 해석하여야 하며, 의료법의 한방 의료란 개념은 학문적 기반 위에 실천되는 행위로서 한의약육성법의 연구개발 결과를 제도적으로 수용할 수 있는 그리고 한방 의료 임상현장의 개방성을 보장 및 보호하는 개념으로 즉 국민건강 증진을 도모하는 의료법의 입법목적에 합당하게 명확하게 해석해야 할 것이다.

22) 엄석기, 김세현, 최원철, 「전통한의학 연구방법론의 현대화에 대한 소고-역사적 근거중심의학에 대한 제언-」, 대한한의학원전학회지, 2010;23(2): 89-105.

3) 적법한 한방 의료행위로 인정받기 위한 요건
- 학문적 근거 및 목적

의료법 제27조 제1항에 의하면 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없음을 명확히 하고 있는데, 이에 관련하여 헌법재판소는 동 조항에 대한 위헌법률심판 사건에서 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다는 이유로 합헌 결정²³⁾을 하였다. 한편, 의료법 제65조 제1항 제1호에 의하면 결격사유 등에 관한 제8조의 각호의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 면허 취소 등의 엄격한 처벌을 규정하고 있고, 각호에 해당하는 내용 중 특히 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조의 의료법 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업으로 한 행위, 치과의사가 아닌 사람이 치과 의료행위를 업으로 한 행위, 한의사가 아닌 사람이 한방 의료행위를 업으로 한 행위 중 어느 하나의 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처하며 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금도 병과할 수 있게 하여 무면허 의료행위에 대하여 매우 엄격하게 처벌하고 있다. 이와 같이 무면허 의료행위를 금지하는 의료법 제27조 제1항 및 면허 취소에 관한 의료법 제65조와 무면허 의료행위를 처벌하는 의료법 제87조 제1항 제2호, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조 등을 고려하면, 한의사는 면허된 한방 의료행위만을 배타적으로 수행할 수 있다.

한편, 이 경우에 있어서 면허된 한방 의료행위인가의 여부는 개별행위의 학문적 근거 및 목적이 한방 의료행위에 해당한 것인가에 따라서 판단하는 추세이다.²⁴⁾²⁵⁾ 의료법 제66조 제1항 제1호에 의하면 의료인의 품위를 심하게 손

상시키는 행위를 한 때 보건복지부장관은 자격정지 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있고, 제2항에 의하면 의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위의 범위는 대통령령으로 정한다고 하였는바, 의료법 시행령 제32조 제1항 제1호에서 이 범위에 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위를 포함시키고 있다. 법률에서 학문적으로 인정되는 한방 의료행위를 살펴보면, 전통적 의료기술은 기존한약서 등의 학계에서 인정하는 한약서 및 공정서 수재 내용의 범위에서 인정되고, 응용기술과 신의료기술은 유관 학회 및 신의료기술평가위원회 등의 인정절차 등에 의해 인정되고 있다. 그리고 관련된 내용은 기존한약서 등의 문헌근거, 대한한의학회의 한국표준한의의료행위분류, 보건복지부고시인 건강보험요양급여비용 내역 등으로 확인하고 있는 실정이다.

한편, 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위에 관한 판결례 중에 서울행정법원 2002. 12. 4. 선고 2002구합1092 판결²⁶⁾ 이유에서는 “보건복지부장관으로부터 면허를 받은 의사라고 하더라도 임상시험의 피험자가 아닌 ‘일반 환자’를 대상으로 시행할 수 있는 진료행위는 ‘이미 임상시험 등을 거쳐 그 유효성과 안전성 등이 학문적으로 검증된 진료행위’에 한한다고 할 것이고 ... 비록 한방에서는 봉침요법이 약침술의 일종으로 인정된다고 하더라도, 이는 침술 등 한방의학의 전공하고 일정한 자격을 갖춘 자인 한의사가 한약에서 추출한 약침액을 경혈이나 경락에 주입하는 이른바 약침요법을 시행하면서 그 약침액으로 봉독을 이용하는 것이므로, 한의사와는 달리 침술 등을 전공한 바도 없고 자격요건도 다른 양의사인 원고가 그 유효성과 안전성이 학문적으로 검증된 바 없는 봉독주사액을 관절염을 앓고 있는 일반 환자들에게 주사한 행위가 ‘학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 이를 한의사가 봉침요법을 시술하는 것과 동일하게 평가해

23) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7 의료법제25조제1항등위헌제청 ; 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 “人體 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 畏敬心”을 체계적으로 敎育받고 이점에 관한 國家의 檢證을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 科學적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 不作用도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 回復할 수 없는 致命的인 危害를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 違反하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 刑事處罰을 받게 하는 이 법의 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

24) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결 : 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 것

25) 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마623, 2010헌마109(한의원을 운영하는 한의사가 자신이 운영하는 한의원에서 환자들에게 의료기기인 초음파 골밀도 측정기 ‘Osteoimager plus’를 이용하여 성장판 검사를 한 후, 그 결과를 토대로 한약을 지어주고 그 대가로 금원을 교부 받는 등 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다는 피의사실이 적발되어 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반 사건에서 기소유에 처분을 받아, 평등권과 행복추구권 침해, 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 주장하면서 헌법소원심판 청구한 사안) 한의사에게 면허된 ‘의료행위’는 한방의료행위라 할 것인데, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적·학문적 기초·전문지식에 대한 교육 정도·관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

26) 서울행정법원 2002. 12. 4. 선고 2002구합1092, 판결 : 항소취하 (의사가 관절염 환자에게 봉독주사액을 투여하는 치료행위를 해 왔고, 이에 대하여 보건복지부가 의사가 일반의약품과 봉독을 혼합하여 식품의약품안전청에서 허가받지 아니한 의약품을 퇴행성관절염 환자 등에게 투여한 것은 ‘학문적으로 인정되지 아니한 진료행위를 한 것’에 해당한다고 보아 의사면허자격정지 1월의 처분을 하자, 이에 불복하여 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사안)

야만 하는 것은 아니라고 할 것이다”라고 하였는바, 이는 의사와 한의사의 자격요건과 의료체계가 엄격하게 구별됨을 전제로 판결한 사례로, 최근 논란이 일고 있는 한의사에 의한 천연물신약인 전문의약품 처방에 대한 법적 검토에 있어서 주의 깊게 참고할 만한 판결례로 판단된다.

현행법 하에서 적법한 한방 의료행위란 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 그리고 이를 기초로 하여 과학적으로 응용 개발한 한의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행해야 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 개념을 정의할 수 있을 것이다. 그리고 적법한 한방 의료행위는 면허범위 내 한방 의료행위이며 이는 학문적으로 인정되는 전통적 한방 의료행위와 과학적 한방 의료행위로 구성된다. 그리고 적법한 한방 의료행위에 해당되는지 여부에 대한 판단기준은 최근의 판결례 추이를 살펴볼 때, 통상적인 상식과 법 감정²⁷⁾에서 출발하여 한방원리²⁸⁾ 혹은 학문적 원리²⁹⁾를 중시하던 과정을 거친 후 구체적인 내용, 태양³⁰⁾ 그리고 학문적 기초 및 전문지식에 대한 교육 정도³¹⁾ 등을 중시하는 추세로 엄격하게 변화하고 있음을 주의해야 할 것이다.

4) 의료행위와 한방 의료행위의 구별

(1) 문제의 제기

의료행위와 한방 의료행위의 구별은 현행 의료법 제27조³²⁾제1항 본문 후단의 “의료인도 면허된 것 이외의 의료

행위를 할 수 없다”의 해석의 문제에 해당한다. 우리나라 의료법은 의사의 고유한 업무를 명확히 규정하지 않고 의료인의 한 분야로 포괄적으로 보고 있으면서도 의사와 한의사로 영역을 나눈 의료 이원화 체계를 택하고 있어, 의료인이면서도 담당업무 이외의 의료행위를 했다면 의료와 전혀 무관한 의료인 외의 무면허 의료행위와 동일하게 처벌하고 있다.

한편, 의료공학의 발달로 종래 의사가 사용하는 것으로 인식되던 의료기기를 한방 의료행위에 사용할 수 있는 것인지에 대한 논란이 계속되고 있으며, 한방에서 활용되던 의료기법을 의사가 활용하려는 시도 또한 계속되고 있다. 이러한 행위들이 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지 여부가 의사와 한의사의 직역 간 갈등으로 비화되어 행정조치 요청이나 형사고발 등을 통하여 다투어지고 있는 실정이다. 그러나 무엇이 의료행위이고 무엇이 한방 의료행위인지 구체적으로 정의되어 있지 않고³³⁾, 대법원과 헌법재판소도 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단하는 실정이다. 이는 수범자인 의사와 한의사의 입장에서는 행정처분이나 형사처벌 대상이 되는 행위가 무엇인지를 구별할 수 있는 구체적 기준이 제시되어 있지 않으며, 보건당국이나 수사기관의 입장에서는 개개의 사건마다 명확한 기준을 가지고 법 집행을 하는 데 곤란을 많이 겪고 있는 상황이라 할 것이다. 그러나 헌법재판소는 위와 같이 무면허 의료행위를 처벌하는 규정이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 일관된 결정을 하고 있으므로, 결국 현재로서는 해석으로 일단은 기준을 세워나가는 수밖에 없어 보인다. 이는 종래 유권해석 및 판결례 등을 분석하며 최근 대법원과 헌법재판소의 입

27) 현재 2003. 2. 27. 2002헌바23 : 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않고 한방의료행위는 통상적인 상식과 법 감정을 가지고 있으면 알 수 있다.

28) 보건복지부 한방의료담당관실 민원답변 2004년 12월 : 한의사는 의료법 제2조제2항제3호에 의하여 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 하고, 한방의료행위라 함은 한방원리에 의한 전문지식을 기초로 하여 진찰, 검안, 투약 등 질병의 예방 또는 치료행위와 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위이며...

29) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 : 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 것

30) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결(한의사가 자신이 운영하는 한의원에서 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도측정기를 이용하여 환자들을 상대로 성장판검사를 하였다고 하여 구 의료법 위반으로 기소된 사안)구체적인 행위가 “면허된 것 이외의 의료행위”에 해당하는 것인지 여부는 구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관한 규정의 내용, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다.

31) 현재 2012. 2. 23, 2009헌마623, 2010헌마109 : 한의사에게 면허된 ‘의료행위’는 한방의료행위라 할 것인데, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적·학문적 기초·전문지식에 대한 교육 정도·관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

32) 의료법 제27조 (무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.
1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

33) 범경철. 「의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰」. 의생명법. 2009;2:49-100.

장에 근거하여야 할 것인바, 그 구별기준에 대한 해석은 의료행위에 대해서는 그 개념의 개방성이 인정되는 것에 반하여 상대적으로 한방 의료행위 개념은 범위가 한정된다는 충돌의 측면에서 접근해야 할 것이다.

(2) 종래 유권해석 및 판결례 등

의료행위와 한방 의료행위 구별에 관한 보건당국과 법원의 판결례 경향을 살펴보면, 1980년대와 1990년대에는 “학문적 원리”와 “교육여부”가 한방 의료행위 판단의 관건이었고, 2000년대 중반 이후에는 “학문적 기초”와 “전문지식에 대한 교육정도” 등을 기준으로 엄격하게 판단하고 있는 것으로 분석된다. 관련 중요 유권해석과 판결례는 다음과 같다.

- 진단기구가 양, 한방 어느 쪽에서 제작되었는가 하는 것은 사용자를 한정하는 기준이 될 수 없다(의제 01254-25754, 1986.11.21.).
- 양, 한방 업무 한계의 구분은 원칙적으로 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것(의정 65507-799, 1998.9.25)
- 환자진료에 사용되는 기구가 양, 한방 어느 쪽에서 제작되었는가 하는 것은 사용자를 한정하는 기준이 될 수 있다고 보기 어려울 것이므로 그 기구를 사용하여 질병을 진단하는 의료인이 사용방법 등을 교육받아 알고 있는 경우에 사용이 가능할 것임(의정 65507-679, 2000.6.16)
- 어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방 의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것(서울행정법원 2008. 10. 10 선고 2008구합11945 판결)
- 구체적인 행위가 “면허된 것 이외의 의료행위”에 해당하는 것인지 여부는 구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관한 규정의 내용, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결).
- 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여

판단하여야 할 것이다(헌재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 등 결정).

중요 유권해석과 판결례에 의한다면, 특정 행위가 한방 의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적·학문적 기초·전문지식에 대한 교육 정도·관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하는 추세임을 알 수 있을 것이다. 한편, 한방 의료행위와 의료행위의 구별에 있어서 의학 전문지식과 한의학 전문지식에 의한 구별을 중시하는 경향은, 최근 의료정책연구소가 ‘의사와 한의사의 업무 갈등 사례 분석 및 대응방안 연구 보고’를 통하여 한의학의 학문적 근거체계 구축 노력이 필요함을 강조하는 등 점차 공문화되고 있는 것으로 보인다.³⁴⁾ 위 보고서는 의사 한의사 간 영역 다툼의 배경에는 의료법을 비롯한 관계 법령에 의료행위와 한방 의료행위에 대한 구체적 기준이 없다는 점과 의료와 한방의료로 구분된 이원적 면허체계에서 각각의 학문 발전으로 그 경계가 모호해지거나 중첩되고 있기 때문이라고 지적하고 있고, 이와 같은 분쟁을 해결하려면 단기적으로 정확한 현황 분석이 우선돼야 하고 부작용 사례에 대한 적극 대응과 이에 대한 대정부·대언론 활동이 필요하다고 제시하고 있으며 장기적 대책으로는 의료행위 면허제도에 대한 연구, 의료행위의 정의규정 신설과 의료기기 분류 등에 대한 체계적 검토, 의료행위별 학문적 원리 체계화 등이 필요하다고 지적하고 있다.³⁵⁾

(3) 최근 대법원 판결례(이른바 IMS 사건, IPL 사건)

최근 한방 의료행위의 범위에 관한 대법원 판결례 중 눈길을 끄는 사건은 이른바 ‘IMS 사건’과 ‘IPL 사건’으로, 앞서 살펴본 대법원 및 하급심 판결례와 헌법재판소 결정례, 기타 보건복지부의 해석 등과 함께 종합적으로 검토하여 보면, 향후 한의계가 나아가야 할 방향을 제시할 수 있을 것으로 판단된다. 기본적으로 의료행위와 한방 의료행위의 관계에 대한 판결들이나, 주로 의료기기 사용에서 문제가 되고 있다.

① IMS 사건

사실관계는, 의사인 원고가 7명의 환자들을 진료실이 아

34) 황인태. 의사-한의사 갈등 “의료행위 학문원리 체계화 선행”. 메디파나뉴스. 2012.2.13.

35) 김수미. 의한방분쟁, 의료행위 정의규정 법규 신설돼야. The Doctor. 2012.1.25.

닌 별도의 장소에서 침대에 눕거나 엎드린 상태로 얼굴, 머리, 목, 어깨, 등 상복부(배꼽 위), 하복부(배꼽 아래), 손등, 팔목, 무릎, 발목, 발등 등에 수십 개에 이르는 침을 꽂고 적외선 조사를 쬐게 하는 등의 치료행위를 하는 것이 보건소 공무원에 의하여 적발되어 면허자격정지 45일의 행정처분을 받자, 이에 원고는 위 시술행위는 IMS 시술로 한방 의료행위인 침술행위와 다르다는 이유로, 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사안이었다. 1심인 서울행정법원은 IMS 시술이 한의학의 침술행위에 해당하는지 여부는 별론으로 하고, 이 사건 시술행위는 IMS 시술에 해당하지 아니하고 한의학의 전통 침술행위에 해당한다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다(서울행정법원 2006. 7. 6. 선고 2005구합111 판결). 그러나 항소심인 서울고등법원은 어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방 의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것이라고 전제한 뒤, 원고의 이 사건 시술행위가 한방 의료행위인 침술행위에 해당된다고 인정하기에 부족하다고 하여 1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 인용하였다(서울고등법원 2007. 8. 10. 선고 2006누17293 판결). 상고심에 이르러 대법원은 이 사건 시술행위가 침술행위의 자침방법과 차이가 없어 이 사건 시술행위는 한방 의료행위인 침술행위라고 볼 여지가 많다는 이유로 항소심 판결을 파기하고 환송하였다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2007두18710 판결). 이에 환송심인 서울고등법원은 이 사건 시술이 침술행위의 자침방법과 차이가 없고, 일반적으로 시술 부위가 통증유발점에 한정되고 하나의 바늘을 통증유발점인 근육 부위에 깊숙이 삽입하는 IMS 시술방법과 차이가 있으며, 일반적인 IMS 시술 과정에는 전기적 자극을 가하지 아니하는 유침 상태를 상정하기가 어렵고, 얼굴과 머리 부위는 통상적인 IMS 시술부위라고 보기 어려울 뿐 아니라 뇌경색이 IMS 시술에 적합한 만성통증을 유발하는 병증(적응증)이라고 볼 수 없다는 등을 이유로 이 사건 시술행위는 한방 의료행위인 침술행위에 해당한다고 판단하여 원고의 항소를 기각하였다(서울고등법원 2011. 10. 11. 선고 2011누16928 판결).

이 사건 관련 당사자들은 이 사건 시술행위가 한방 의료행위인지 여부 보다는 IMS가 협의의 의료행위 또는 한방 의료행위인지 여부에 관심을 더 두었으나, 환송심에서는 IMS

시술행위는 한방 의료행위인 침술행위에 해당하지 않는다고 판시하면서, 양자의 이론적 근거, 치료부위 및 방법, 적응증 등에 있어 차이가 있다고 하였는바, 이원적 의료체계를 운영하고 있는 우리나라에서 IMS 시술행위는 협의의 의료행위에 해당한다고 평가해도 크게 틀리지 않은 해석일 것이다.³⁶⁾

② IPL 사건

최근 대법원에서 파기환송 판결을 한 이른바 ‘IPL 사건’의 경우, 1심에서는 한의사가 IPL 등 광선조사기를 이용한 외과적 시술행위가 한의학적 이론과 원리에 의해 충분히 규명되었거나 부합된다고 볼 수는 없기 때문에 무면허 의료행위로 판단하였다(서울동부지방법원 2010. 4. 9. 선고 2010고정10 판결). 그러나 항소심에서 한의사가 IPL을 사용하는 것은 환자의 피부에 발생한 병변에 대한 외과적 처치를 목적으로 한 것이 아니라, 이러한 병변을 인체의 균형이 무너짐으로 인하여 생긴 경락의 울체로 보고 여기에 한의학에서 전통적으로 내려오는 빛을 사용하여 이를 해소하고 온통경락하기 위한 것으로 보아 1심 판결을 취소하였다(서울동부지방법원 2010. 7. 22. 선고 2010노449 판결). 그러나 대법원은 “IPL이 적외선·레이저침을 이용하여 경락에 자극을 주어서 질병을 치료하거나 예방하는 것을 목적으로 하는 적외선치료기·레이저침치료기와 작용원리가 같다고 보거나, 이 사건 IPL을 사용한 피부질환 치료가 빛을 이용하여 경락의 울체(울체)를 해소하고 온통경락(溫通經絡)하기 위한 것으로 보기는 어렵다”고 설명하면서, “피고인이 사용한 IPL의 개발, 제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초하였는지, 피고인이 이를 사용한 경위, 목적, 태양 등에 의할 때 한의학의 이론이나 원리를 응용 또는 적용하여 사용한 것으로 볼 수 있는지, IPL의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 등에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다”는 이유로 파기환송 판결을 하였다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결). 결국 서울동부지방법원은 2014. 9. 19. 대법원 판결의 취지에 따라 피고인에게 유죄 판결을 선고하였고, 피고인이 상고하였으나 대법원은 최근 최종적으로 상고기각 판결을 함에 따라 일단락되었다.

36) 이백휴, 이평수, 박윤형. 「의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계」. 한국의료법학회지. 2011;19(2):139-160.

(4) 최근 헌법재판소 결정례

최근 헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로, 한의사가 안압측정기, 자동안굴절검사기 등의 의료기기를 사용하여 안압, 안굴절도 검사를 한 뒤 이를 토대로 한방약물치료, 침치료, 교정치료 그리고 물리치료 등을 행위에 대하여 검찰에서 무면허 의료행위에 해당함을 전제로 기소유예처분을 하자 이에 헌법소원심판을 청구한 사안에서, 이 사건 기기들을 이용한 검사는 자동화된 기기를 통한 안압, 굴절도, 시야, 수정체 혼탁, 청력 등에 관한 기초적인 결과를 제공하는 것으로서 보건위생상 위해를 가할 우려가 없고, 위 기기들의 작동이나 결과 판독에 의사의 전문적인 식견을 필요로 한다고 보이지 않는 점, 한의대의 경우에도 한방진단학, 한방외관과학 등의 교육을 통해 전통적으로 내려오던 한의학을 토대로 한 기본적인 안질환이나 귀질환에 대한 교육이 이루어지고 있고, 이에 대한 한의학적 해석을 바탕으로 침술이나 한약처방 등 한방 의료행위 방식으로 치료가 이루어지고 있어, 이 사건 기기들의 사용이 의사만의 전문적인 영역이라고 보기는 어려운 점에 비추어 보면, 청구인들이 이 사건 기기들을 사용하여 한 진료행위는 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위라고 보기는 어려워 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 결정을 선고(2013. 12. 26. 2012헌마551·561(병합) 결정)하였다. 헌법재판소는 위 결정이유에서 “과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려 없이 진단이 이루어질 수 있다면 자격이 있는 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석되어야 한다.”고 하였다. 또한 “의료법 제27조 제1항 본문 후단의 위반행위는 결국 형사처벌의 대상이라는 점에서 죄형법정주의원칙이 적용되므로 그 의미와 적용범위가 수범자인 의료인(이 사건 심판청구에서는 청구인들인 한의사)의 입장에서 명확하여야 하고, 엄격하게 해석되어야 한다.”는 입장에서 위와 같은 결정을 선고하였다.

(5) 소결

앞서 살펴 본 이른바 ‘IMS 사건’ 및 ‘IPL 사건’에 대한

대법원 판결례와 안압측정기 등에 관한 헌법재판소 결정례는 의료인의 의료기기 상호 활용에 관한 판결로서, 기본적으로 해당 기기가 어느 쪽에서 제작되었는지 여부는 사용자의 행위를 제한하는 기준이 될 수 없다는 것이 보건복지부의 입장이고(이는 한의사의 주사기 사용은 무면허 의료행위라고 하면서도 주사기를 이용한 약침 사용이 한방 의료행위의 범주 내에 속한다고 한다거나 한의사가 정확한 진단을 위하여 청진기를 사용할 수 있다고 본 보건복지부의 입장과 일맥상통한다), 그 밖의 여러 대법원과 하급심 판결례, 종래 헌법재판소 결정 등을 살펴볼 때 협의의 의료행위 또는 한방 의료행위에 해당하는지 여부를 판단할 때 학문적 원리 내지 기초, 전문지식의 교육 정도를 중요한 근거로 삼고 있다는 점을 살펴본다면, 결국은 각 영역별 ‘고유의 독자성 보다는 각각의 학문적 원리로 특정 의료행위를 설명할 수 있는지가 중요한 문제이고, 한방 의료행위의 범위는 한의사 등 기존의 한의학적 근거에 과학적인 연구를 통한 학문적 데이터 구축 및 이에 대한 교육 정도에 따라 정해진다고 볼 수 있으며, 최근 개정된 한의약육성법 상 한방 의료행위에 대한 정의 규정(개정 또는 폐지하여야 한다는 입법론은 별론으로 한다)에 비추어 볼 때 더더욱 그렇다고 할 것이다.³⁷⁾ 더 나아가 위 헌법재판소 결정은 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부의 판단은 구체적인 의료행위의 태양 및 목적, 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 양·한방 중 어디에 기초하고 있는지, 해당 의료행위에 관련된 규정, 그에 대한 한의사의 교육 및 숙련의 정도 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단(헌재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 결정 참조)하던 경향에서 진일보한 것으로 판단된다. 즉, 의료행위와 한방 의료행위 구별에 관한 판단 기준이 한의학과 의학이라는 학문적 기준을 엄격하게 적용하던 추세에서 진일보하여 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 더욱더 중점을 두어 근본적으로 해석되어야 할 것임을 천명한 것으로, 향후 의료행위와 한방 의료행위의 구별이 의학과 한의학계의 학문적 입장 등 보다는 국민건강을 우선적인 판단기준으로 삼을 가능성이 크다는 점을 예상할 수 있다.³⁸⁾

그러나 위 헌법재판소 결정은 ‘치료’ 영역이 아닌 ‘진단’

37) 위 정의 규정에 의하여 한방의료행위의 입자기 좁아질 수밖에 없다고 본 것임(이백휴, 이평수, 박윤형, 「의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계」, 한국의료법학회지, 2011;19(2):139-160.)

38) 양방의료행위와 한방의료행위는 학문적 기초나 진단방법 내지 치료방법의 특성 등의 여러 가지 기준에 의하여 구별될 수 있으나, 궁극적으로는 의료법의 목적인 국민의 건강보호와 증진을 위한 것인가에 의거하여야만 한다.(백경희, 장연화, 「양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」, 한국의료법학회지, 2014;22(1):123)

영역에 대한 것임에 주의하여야 한다. 특히 '진단' 영역 중에서도 보건위생상 위해를 가할 우려가 없고, 의료기기들의 작동이나 결과 판독에 의사의 전문적인 식견을 필요로 않으며, 한의대의 경우에도 전통적으로 내려오던 한의학을 토대로 한 기본적인 질환에 대한 교육이 이루어지고 있는 것을 우선의 요건으로 제시하고 있으며, 또한 '치료'의 영역에서는 한방 의료행위인 침술이나 한약처방으로 이어졌다는 점 등을 고려한다면, 모든 업무영역에서 의료기기의 상호 활용이 허용되는 것으로 판단한 것은 아니라는 점을 유의하여야 할 것이다. 또한 이 중에서는 '보건위생상의 위해를 가할 우려'가 있는지 여부가 가장 중요한 판단 기준이 될 것이라는 사실에 주의하여야 할 것이다. 한편, '치료' 영역의 경우에는 이원적 의료체계가 확립된 현행법 하에서 '진단' 영역에 비해 침습적인 의료행위가 많고, 직접적으로 '치료' 여부의 결과로 연결된다는 점을 고려한다면 치료 의료기기의 상호 활용을 인정하기는 어려울 것으로 보인다. 이는 위 헌법재판소 결정에도 불구하고 이른바 'IPL 사건'에 대한 최근 대법원 판결에서 무면허 의료행위로 판단한 것에서도 확인할 수 있을 것이다. 이러한 판결은 '치료' 영역에서의 업무영역 침범이기 때문으로 보이며, 이를 가지고 헌법재판소와 대법원 간의 입장 차이로 볼 것은 아니다.

현재 의학과 한의학 기타 관련 학문 간의 다학제적인 연구가 활발히 진행되고 있고, 환자가 양질의 의료서비스를 받도록 할 필요에 따라 의료법 개정(법률 제9386호, 2009. 1. 30., 일부개정)으로 병원급 의료기관에서 협진을 할 수 있도록 의과(치과), 한의과를 설치할 수 있게 된 점 등은 결국은 의료법의 입법목적인 '국민의 건강을 보호하고 증진' 하는 것이 의료제도의 목적이므로 이에 근거한 위 헌법재판소 결정은 환영할 만하다 하겠다. 그러나 기본적으로 전통의학과 서양의학이라는 그 학문적 원리 내지 기초가 명확히 구분되어 있고, 우리나라는 현행 의료법 상 명백한 이원적 의료체계를 택하고 있으며, 이에 따라 의사 및 한의사 국가시험 시행, 면허제도의 이원적 관리가 이루어지는 등 각 제도 및 각 업무영역의 배타적 독자성이 인정되고 있다는 점을 무시할 수는 없는 바, 이는 각 직업군의 헌법상 보장된 기본권인 직업의 자유, 학문의 자유와도 관련되어 있을 뿐만 아니라 오히려 '치료' 영역에서는 국민의 건

강에 영향을 미칠 수 있으므로, 이러한 이원적 의료체계의 근간인 의료법에서 추구하고 있는 입법목적으로 고려하면 '진단' 영역에서 헌법재판소가 제시한 일정 요건을 충족한 경우에만 의료기기의 상호 활용을 허용하는 것이 상당하다.³⁹⁾

결국은 수범자인 비의료인 뿐만 아니라 의료인의 입장에서 의료법 상 무면허 의료행위의 구성요건이 명확하여야 한다는 죄형법정주의원칙에 따라, 의료기기에 대하여 의사나 한의사에게 사용권한을 알 수 있도록 법령 개정과 함께 보건당국의 행정적 조치가 뒤따라야 소모적인 갈등과 법률적 분쟁을 조금이나마 불식시킬 수 있을 것이다.

III. 결론

1. 우리 의료법 및 의료관계 법령은 의학과 의료행위의 특성으로 인하여 '의료행위'에 관하여 적극적인 정의규정을 두지 않고 있다. 한편, 의료법은 면허 없는 자의 무면허 의료행위는 물론 면허 있는 의사, 한의사의 면허범위 외 의료행위까지도 처벌하고 있다. 그러나 대법원과 헌법재판소도 의료행위에 대한 명확하고 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않으며 구체적 사건에서 개별적으로 판단하고 있다. 이로 인하여 의료행위와 한방 의료행위, 약사와 한약사 상호 간의 업무영역과 그 범위에 관한 갈등과 혼란이 가중되고 있는 실정이다.
2. 입법론적으로 의료행위에 대한 정의의 규정을 두어야 한다는 의견이 있다. 그러나 의료행위의 개념과 그 내용, 그리고 양·한방 의료행위의 구별기준을 유형 별로 빠짐없이 세세하게 규정하는 것도 불가능할 뿐만 아니라, 규정한다고 하더라도 의료행위의 특성상 구체화에 한계가 있을 수밖에 없어 대략의 기준을 제시하는 수준일 가능성이 크다. 결국 무면허 의료행위 해당 여부에 대한 논란이 완전히 불식되기는 어렵다고 판단되고, 해석을 통하여 그 기준을 마련할 수밖에 없을 것으로 보인다.
3. 의료법에서 1962년 '한방 의료'를 명문화한 이래로 우리의 선조로부터 역사적으로 굳어진 전통적 의학으로써의

39) 한방과 양방의 융합으로 인하여 의료기기의 사용에 있어서도 직업간의 도식적인 분할을 넘어서 국민의 건강보호 및 보건증진에 도움이 되는 방향으로 해석하여야 할 것인바, 최소한 진단장비에 있어서는 인체에 위해가 크지 않고 의사나 한의사가 그에 관한 전문지식을 충분히 구비하였다고 인정되는 부분에 한하여 양한방의료에 있어 공통사용을 인정하여 무면허의료행위로 인정하지 않는 것이 바람직하다고 생각한다.(이백휴, 이평수, 박윤형, 「의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계」, 한국의료법학회지, 2011;19(2):151-152.)

한의학의 관습적으로 범주화하여 한방 의료행위를 판단하던 상황에서, 2003년 한의약육성법 제정 이후에는 한의학 정의를 통하여 한의학적 전문지식에 근거한 전통적 한방 의료행위라는 범주로 구체화하여 판단하였다. 한편, 2011년 한의약육성법 개정 이후에는 과학적으로 응용 개발한 과학적 한방 의료행위의 범주도 한방 의료행위로 판단하여야 함에도 불구하고, 여전히 전통적인 한방 의료행위를 강조하는 판단이 이루어지고 있다.

4. 한의약육성법의 ‘한의학’ 정의 규정에 기초한 한방 의료행위의 개념은 ‘우리의 선조들로부터’라는 지정학적 한정 및 ‘전통적으로 내려오는 한의학’이라는 시대적 영역 한정, ‘기초로 한’이라는 당대의 재평가라는 의미, ‘이를 기초로 하여’라는 연구·개발 소재의 한정, ‘과학적으로’라는 연구개발 방법론의 한정, ‘응용 개발한’이라는 연구영역의 제한 등에 대한 문언적·보수적 해석을 통하여, 그 개념 범위를 제한할 수 있는 문제점이 있다.
5. 적법한 한방 의료행위란 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 그리고 이를 기초로 하여 과학적으로 응용 개발한 한의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행해야 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 개념을 정의할 수 있다. 그리고 적법한 한방 의료행위는 면허범위 내 한방 의료행위이며 이는 학문적으로 인정되는 전통적 한방 의료행위와 과학적 한방 의료행위로 구성된다.
6. 의료법 및 한의약육성법의 입법목적 등을 고려하여 한방 의료행위의 개념을 정의한다면, 한의약육성법의 한방 의료행위 정의는 연구·개발 분야에 국한된 개념으로 해석하여야 하며, 의료법의 한방 의료란 개념은 학문적 기반 위에 실천되는 행위로서 한의약육성법의 연구개발 결과를 제도적으로 수용할 수 있는 그리고 한방 의료 임상현장의 개방성을 보장 및 보호하는 개념으로 즉 국민건강 증진을 도모하는 의료법의 입법목적에 합당하게 명확하게 해석해야 할 것이다.
7. 최근 안압측정기 등에 관한 헌법재판소 결정은 의료행위와 한방 의료행위 구별에 관한 판단 기준이, 한의학과 의학이라는 학문적 기준을 엄격하게 적용하던 추세에서 진일보하여 국민의 건강을 보호하고 증진하는데 더욱더 중점을 두고 근본적으로 해석되는 추세임을 보여준다.
8. 그러나 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 우선적인

판단기준으로 삼는다고 하더라도, 이원적 의료체계를 택한 현행법 하에서는 ‘치료’ 영역에서의 의료기기 상호 활용은 엄격하게 제한할 것이며, ‘진단’ 영역에서도 헌법재판소가 제시한 일정 요건을 충족한 경우에만 의료기기의 상호 활용을 허용할 것으로 보인다. 입법자와 보건당국으로서도 이러한 경우에 있어서의 갈등과 법률적 분쟁을 최소화할 수 있는 법령 개정과 행정적 조치에 대한 결단이 필요할 것이다.

참고문헌

1. 백경희, 장연화. 「양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰」. 한국의료법학회지. 2014;22(1):123-143.
2. 이부균. 「한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰」. 의료법학. 2012;13(2):263-284.
3. 이미선, 권영규. 「판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰」. 한국한의학연구원논문집. 2009;15(3):19-28.
4. 황만성. 「무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념」. 형사판례연구. 2004;14:513-537.
5. 엄석기, 김세현, 최원철. 「전통한의학 연구방법론의 현대화에 대한 소고-역사적 근거중심의학에 대한 제언-」. 대한한의학원전학회지. 2010;23(2):89-105.
6. 범경철. 「의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰」. 의생명과학. 2009;2:49-100.
7. 이백휴, 이평수, 박윤희. 「의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계」. 한국의료법학회지. 2011;19(2):139-160.
8. 조영선. 『특허법(제3판)』. 서울:박영사. 2011:1-613.
9. 이덕환. 『의료행위와 법』. 서울:현문사, 2010:1-586.
10. 대한의사협회. 『의료법원론』. 서울:법문사. 2008:1-431.
11. 황인태. 의사-한의사 갈등 “의료행위 학문원리 체계화 선행”. 메디파나뉴스. 2012.2.13.
12. 김수미. 의한방분쟁, 의료행위 정의규정 법규 신설돼야. The Doctor. 2012.1.25.
13. 국가법령정보센터(<http://law.go.kr>).
14. 대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr>).
15. 헌법재판소(<http://www.ccourt.go.kr>).