

한방의료행위의 법적 개념에 관한 연구

이해웅*

동의대학교 한의과대학 예방의학교실, 한의학교육실

The Legal Perspectives of the Medical Practice in Korean Medicine

Hai-Woong Lee*

Department of Public Health and Office of Korean Medicine Education,
College of Korean Medicine, Dong-Eui University

Abstract

Background and Aim : Lately the age of competition has come among the medical service area. At the same time disputes over the medical practice related to the medical person's territory tend to increase. In part it is due to the increased medical persons but in part it is because the medical practice is not defined clearly in the Medical Service Act for the practice of each medical person, So the legal definition of medical practice will be discussed here.

Materials and Method : The cases from the court have been confirmed the difference between the two medical persons regarding the actual events. Legal aspects of medical practice in Korean medicine and the related cases will be reviewed and analysed.

Results : The form of medical practice consists of administrating Korean medicine treatment and providing guidance for health based on Korean medicine. For medical doctors the practice includes medical treatment and guidance for health. Circular definition in the Medical Service Act over the medical practice, medical person and medical instruments makes it difficult to understand the whole idea. Therefore, the court has a tendency to decide the medical practice of medical doctor of Korean medicine from the some reliable points which is: 1) it is based on the principle of traditional Korean Medicine, 2) it is practiced by the medical doctor of Korean Medicine, 3) it can do harm to the patient without proper involvement of the medical doctor of Korean Medicine. Now the Act on the promotion of Korean Medicine and Pharmaceuticals makes it include the concept of "scientifically applied and developed" medical practice of Korean Medicine.

Conclusions : With the essential change in the Act on the promotion of Korean Medicine and Pharmaceuticals, it is expected that even slight change can be seen in the court cases. However, still the concept of medical practice in the Medical Service Act remains the same. Modernisation of Korean Medicine, enhancement of textbooks and clinical practice training and the effort to amend the law to clearly define the medical practice of Korean Medicine will contribute to the clinical and academic environment. Evidence based Korean Medicine and even the unification of east-west medicine could be considered for the situation.

• 접수 : 2017년 8월 4일 • 수정접수 : 2017년 8월 10일 • 채택 : 2017년 8월 13일

*교신저자 : Hai-Woong Lee, 47227 부산광역시 부산진구 양정로 52-57 동의대학교 한의과대학 예방의학교실
전화 : 051-850-7438, 팩스 : 051-850-7435, 전자우편 : jameslee@deu.ac.kr

Key words : medical practice, medical person, Medical Service act, Korean Medicine, medical law, health law

I. 서론

해방이후 전쟁 중인 1951년에 제정된 국민의료법 제 2조에서 의료업자의 하나로 한의사를 규정하기까지 우리나라 전통 의학으로서 한의학은 일제강점기의 어두운 길을 걸어야 했다. 임상의 역사는 매우 길었지만 현대 의학으로서 교육과 연구의 체계를 갖추게 된 것은 이제 50여년이 넘었을 뿐이다. 지난 세기부터 금세기 까지 화두의 하나로서 한의학의 과학화와 현대화는 한의학의 역량을 강화하고 근거에 기반을 둔 의료를 펼칠 수 있는 계기가 되었다. 특히 세계적으로도 대체의학이라는 이름으로 각 나라의 전통의학이 의학을 보완하여 세계인의 건강 유지 증진에 기여할 수 있는 기회를 제공하였다.

우리나라에서도 점차 새로운 과학기술에 힘입어 의료 영역에서도 많은 발전을 이루게 됨에 따라 질병과 건강의 정의, 의료인의 의료행위 등 전반적인 의료영역에서도 변화가 일어났다. 한의사, 의사, 치과의사 사이의 직역 갈등, 각 직역 안에서도 분과 사이의 갈등이 그 중 하나로서 각 직역인이 담당하는 의료의 영역에도 변화에 따른 새로운 접근법이 필요하다는 인식이 일어났다. 이에 따라 양방에 비하면 늦었지만 한의계에서도 법제에 관한 인식이 이루어지게 되었고, 90년대 한약분쟁 이후 제도와 정책이 변화해야 할 필요성에 따라서 한의약정책관, 한의학연구원, 공중보건한의사, 전문의 등 여러 분야에서 결실을 맺었으며 2003년 한의약육성법 제정은 매우 진일보한 한의학 현대화의 기틀이 되었다.

한의학 현대화는 필연적으로 현대화된 의료기기의 사용으로 이어지게 되는데, 기존 서양의학 위주의 의료 체계에서 전통의학으로 인식된 한의학에서 현대 의료 기기를 사용하는 것이 쉽지 않았다. 의료법에서 명확하게 각 직능간 역할을 나누고 있지 않기 때문에 주로 보건복지부의 유권해석이나 최종적으로는 법원의 판결에 따라 의료행위가 결정되어 왔고, 세계적으로도 한의학

임상을 서양학과 같이 공적으로 시행하는 나라가 드문 만큼 한방의료행위를 규정하는 것이 실질적인 사건에 따라 법원에 맡겨져 있다는 것은 우리나라 의료의 특징이다.

한방의료행위에 관한 연구는 일찍이 1997년에 이선동의 '의료과오 및 분쟁의 법률적체계에 관한 연구'¹⁾가 있다. 이 논문에서는 '의료'와 '의료행위'에 관해 언급하고 있으며 아직 '한방의료행위'에 관해서 구체적으로 기술하고 있지는 않다. 2006년 이해웅과 김훈의 '한방 의료분쟁과 한의사의 적절한 진료 가이드라인에 대한 고찰'²⁾에서는 주로 한방 의료분쟁을 파악하는 입장에서 의료인과 의료행위의 기본 개념을 설명하고 판례를 통해 보충하였다. 2008년 하재홍의 '한방의료행위'³⁾에서는 전통적 의료행위 개념의 시각으로 한방의료행위를 분석하였으며 약사, 한약사 등 주변 직업인 및 민간에서 행해지는 한방치료의 적법성을 다루었다. 2009년에 나온 이미선과 권영규의 '판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰'⁴⁾에서는 한방의료행위의 법적 개념에 대해 법률을 보충, 확정하는 의미로서 판례를 정리하고 있다. 2012년에 이부균의 '한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰'⁵⁾에서는 의료행위와 한방의료행위를 나누어 고찰하였으며 외국의 입법례를 참조하여 판례를 통해 정리하고 있다. 2015년 권순조 등의 '한방 의료행위의 개념과 그 한계'⁶⁾에서는 최근에 있었던 IMS, IPL 사건을 설명하며 현대의료기기 사용과 관련된 한방의료행위의 확대 개념을 논하였다.

한의학육성법을 계기로 하여 한방의료행위에 현대과학의 개념이 법적으로 명문화되었고, 한의학 교육과 연구, 임상 부문의 현대화를 통하여 한방의료행위의 개념에도 변화가 필요한 시기가 되었다. 한의사의 현대의료기기 사용과 관련된 일련의 판례와 연구를 살펴보면 더욱 그 필요성이 느껴진다. 여기에서는 한방의료행위의 개념에 대한 그 동안의 연구성과를 정리하고, 현대의료 환경에서 한방의료행위 개념의 한계와 변화의 필요성에 관해 법적인 관점에서 논하려고 한다.

II. 의료행위의 법적 개념

의료법 제12조(의료기술 등에 대한 보호) 제1항에서 다음과 같이 의료행위에 관해 서술하고 있다.

“의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 “의료행위”라 한다)에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다.”

즉 의료행위란 ‘의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행’이다. 의료인에 대해서는 제2조(의료인) 제1항에서 규정하고 있다.

“이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과 의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.”

의료기술에 관해서는 제12조에 규정된 “의료·조산·간호 등 의료기술”이라고 되어 있고, 제4장 신의료기술 평가에서 신의료기술에 관해 규정된 것을 보면 “신의료기술평가위원회의 심의를 거쳐 신의료기술의 안전성과 유효성을 평가하여야 한다”고 되어 있다. 이를 유추해 보면 의료기술이란 의료인이 환자에게 시행하는 의료·조산·간호 등으로서 안전성과 유효성이 평가된 것이라고 할 수 있다.

그런데 의료기술을 시행하는 의료인에 대해서는 제2조에서 각각의 직능을 구분하였을 뿐 구체적인 정의가 되어 있지는 않다. 임무가 각각 의료와 보건지도, 치과 의료와 구강 보건지도, 한방 의료와 한방 보건지도 등으로 서술되어 있지만 이로써 다시 의료행위로 돌아오는 셈이 된다. 제2조, 제12조, 제13조, 제14조에 규정된 의료인, 의료기술, 의료기재, 기구 등은 서로 순환, 보완하고 있는 개념이 된다⁷⁾. 결국 제27조에서 금지하고 있는 무면허 의료행위를 구체적으로 판단하기 위해서는 이러한 순환정의만으로는 부족하며 판례를 통해서 보충될 수밖에 없다. 판례는 시대에 따라 조금씩 개념이 확장되어 왔으며⁸⁾, 최근의 경향은 일관적인 모습을 보이고 있다. 다음 두 판례를 인용하였다.

“일반적으로 의료법에 규제하고 있는 의료행위라 함은 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로

진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위해를 방지하기 위하여 이러한 행위를 의사가 아닌 사람이 하지 못하도록 규제하는 것”(대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결)

“의료행위라 함은 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 행위를 의미하고 (대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 등 참조)(대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결)

근래에는 비정형적 의료행위로서 “의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”가 주요 근거의 하나로서 판단되고 있으며, 이 ‘보건위생상 위해가 생길 우려’는 추상적 위험으로도 충분하다고 한다⁹⁾.

그럼에도 불구하고 여전히 일반인이 판단하기에 무면허 의료행위가 무엇인지 명확하게 알기는 힘들어 보인다. 일반적인 형사범죄의 성립에 가장 기본적인 요건이 법률에 규정된 구성요건에 해당하는가 하는 것인데, 의료행위의 가장 큰 핵심은 면허를 통해 관리되는 의료인의 시행여부이므로 구체적인 행위가 아닌 자격에 따라 달라질 수 있다는 것은 형법에서 엄밀하게 요구되는 명확성의 원칙에 어긋난다고 할 수 있다. 의료행위의 개념이 명확하게 규정되어 있지 않은 상태에서 앞선 판례에 나온 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위”까지는 납득할 수 있지만 “의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”는 죄형법정주의에 위배될 소지가 있다¹⁰⁾. 그러나 헌법재판소의 판결은 그렇지 않다.

“...2. 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례, 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등을 종합하여 보면, 이 사건 조항들 중 “의료행위” 및 “한방의료행위”의 개념은 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 조항들이 의료인이 아닌 자의 의료행위를

전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 조항들은 비의료인의 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하지 아니한다. ...”¹¹⁾

전통적으로 무면허 의료행위로 기소된 자의 주장은 죄형법정주의, 직업선택의 자유, 행복추구권, 생명권, 건강권, 소비자의 의료선택권 등을 바탕으로 하여 의료법의 무면허 의료행위 관련 조항의 위헌성을 제기하여 왔다. 또한 구 의료법 제25조 제1항문제 조항에 대해 헌법재판소에서 합헌 결정이 내려졌으나 무려 다섯 명이나 반대의견을 제출하고 있어 앞으로도 논란이 계속 될 것으로 생각된다.

“...사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다...”

“...일부 침, 뜸, 자석요법 등과 같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일절 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해한다.”

III. 한방의료행위의 법적 개념

위에서 논의한 의료행위의 개념이 일반적인 의료인이 행하는 의료행위의 개념이라면, 한방의료행위는 한의사가 행하는 의료행위에 해당한다. 그동안은 주로 한방 무면허 의료업자의 처벌과 관련하여 의료법 제27조 제1항의 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”, 보건범죄 단속에 관한 특별조치법의 “한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위”의 조항에 의거한 한방의료행위의 개념이 중시되어 왔다. 하지만 최근에는 한의사의 현대의료기기 사용과 관련된 한방의료행위의 개념에 관심이 집중되고 있다.

기본적으로 무면허 한방의료행위 처벌의 논리는 무면허 의료행위 처벌과 같은 논리를 가진다. “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”가 한방 의료행위의 전제로서 한의사의 의료행위를 설명하게 된다. 따라서 진맥후 질병을 진단하고 한약을 복용하도록 했다면 진찰과 치료행위를 한 것으로 본다.

“진찰이라 함은 환자의 용태를 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 작용으로 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진, 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여하거나 시술하는 것이 소위 치료행위에 속한다고 할 것인 바...”(대법원 1981. 12. 22. 선고 80도2974 판결)

또한 한약업사가 “조제능력의 범위를 넘어 진찰이나 치료 등 한의사에게 부여된 한방의료행위까지 할 수는 없을 것”¹²⁾이라고 하여 한방의료행위를 한의사에게 부여된 진찰이나 치료라고 판례에서는 판단하고 있다. 이 경우 앞서 의료행위에서와 마찬가지로 “무자격자가 행하는 의료행위의 위험은 추상적 위험으로도 충분”¹³⁾하며 실제로 환자에게 피해가 발생하지 않아도 보건상 위해가 있을 수 있는 것으로 본다.

2003년 제정된 한의약육성법에서는 ‘한의약’에 관한 정의에서 한방의료를 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 의료행위”라고 규정하여 최초로 명확하게 한방의료행위 개념을 법률에서 나타내었다. 2011년 개정된 한의약육성법에서는 이 개념을 확장하여 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위”에 더해 “이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”를 집어넣었고 현재까지 이 개념이 유지되고 있다.

판례에서도 “한방 의료행위란 ‘우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위’로서 의료법 관련 규정에 따라 한의사만이 할 수 있고, 이에 속하는 침술행위는 ‘침을 이용하여 질병을 예방, 완화, 치료하는 한방 의료행위’로서...”(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결)라고 하여 한의약육성법의 취지를 따르고 있다. 또한 구체적인 사안에서 한방의료행위를 판단하는 것은 이러한 개념만으로

는 부족한 점이 있으며 판례에서는 “구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 관계 규정, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것으로, 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”(서울행법 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결)라고 설명하고 있다.

그러나 최근 골밀도 측정용 초음파진단기기의 한의사 사용권과 관련된 헌법재판소 결정을 보면 개정된 한의약육성법의 조항을 명백하게 인지하고 있음에도 불구하고 과거 다수의 헌법재판소 결정에서 정립된 한방의료행위 개념을 고수하여 “한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로...”라고 하였다.(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바398) 이는 초기 한의약육성법의 조항과 맥락을 같이 하는 것으로서 새롭게 추가된 내용을 반영하지 않았다는 점에서 비판의 여지가 있다.

IV. 한방의료행위 법적개념의 한계

의료법에서 의료행위를 명확하게 정의하고 있지 않기 때문에 한방의료행위의 영역도 실질적으로는 판례에 의존할 수밖에 없다.

“의료법은 ‘의료행위’와 마찬가지로 ‘한의사에게 면허된 의료행위’나 ‘한방의료행위’에 관한 적극적인 정의 규정을 따로 두지 않고, 한의사의 면허범위와 관련하여도 이를 구체적으로 규정하고 있지 않다.”(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바398)

가장 기본적인 근거는 의료법이고 다음으로는 특별법인 한의약육성법이 된다. 한의약육성법 제정 이전부터 통용되어 온 것은 주로 전통적인 한의학을 기초로 한 의료행위이다. 그러므로 한의학적 “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”¹⁴⁾가 한방의료행위를 보

는 기본 시각이 되며 이는 한의학 학문의 원리를 바탕으로 한의사가 행하는 것을 의미한다. 다음은 의료법의 시각에서 한의사가 진단용 방사선 발생장치를 이용한 성장판 검사가 면허범위 밖의 행위라고 판단한 판례이다.

“오히려 구 의료법 제37조 제1항은 앞서 본 우리나라 의료체계의 이원성 및 구 의료법상 의료인의 임무, 면허의 범위 등에 비추어 위 규정이 정하는 ‘의료기관’에 한의사는 포함되지 않는 것으로 해석함이 상당하고, 구 의료법 제37조의 위임에 따라 제정된 구 ‘진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙’ 제10조 제1항 [별표 6]이 안전관리책임자를 두어야 하는 의료기관에 한의원을 포함시키지 않은 것은 이를 확인한 것으로 볼 수 있는 점, 이 사건 측정기와 같이 주당 최대 동작부하가 10mA/분 이하의 것은 구 ‘진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙’에 정한 각종 의무가 면제된다고 하더라도, 그 의무가 면제되는 대상은 종합병원, 병원, 치과병원, 의원 등 원래 안전관리책임자 선임의무 등이 부과되어 있는 의료기관을 전제로 한 것이어서 이를 근거로 한의사가 주당 최대 동작부하의 총량이 10mA/분 이하인 진단용 방사선 발생장치를 사용할 수 있다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 피고인이 이 사건 측정기를 이용하여 환자에게 대하여 성장판검사를 한 것이 한의사의 면허 범위 이외의 의료행위를 한 때에 해당한다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고...”(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결)

한의사와 의사가 동시에 존재하는 이원적 체계에서는 필연적으로 의권영역이 구분되고 그 핵심은 한방의료행위와 의료행위이다. 한방의료행위와 의료행위는 각자의 학문 원리에 근거하여 전문지식과 경험을 질병 예방 및 치료에 기여하는 임상행위로서 한의사와 의사가 각각 별도로 행하게 된다. 이 영역의 구분에서 가장 중요한 것은 학문의 원리와 임상에서 사용여부가 될 것이다. 따라서 한의학과 의학을 구분할 수 있는 각자의 고유한 기초학문과 임상현실이 근거가 되며 판례도 또한 마찬가지로 판단하고 있다. 최근 현대의료기기 사용 관련 판례를 보면 이러한 경향이 보인다.

“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 면허를 가진 자가 행하는 것이라 하더라도 이를 무면허 의료행위와 달리 평가할 이유가 없다. 특히 영상의학과는

초음파진단기와 같은 첨단의료장비를 이용해 영상을 획득하여 질병을 진단하고 치료하는, 의료법상 서양의학의 전형적인 전문 진료과목으로서(의료법 제43조, 의료법 시행규칙 제41조) 초음파검사의 경우 그 시행은 간단하나 영상을 평가하는 데는 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.”(헌재 2013. 2. 28. 2011 헌바398)

다음은 필러시술행위는 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다고 판단한 판례이다.

“그런데 의료법령에는 의사, 한의사 등의 면허된 의료행위의 내용을 정의하거나 그 구분 기준을 제시한 규정이 없으므로, 의사나 한의사의 구체적인 의료행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에 따라 이원적 의료체계의 입법 목적, 당해 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 당해 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 당해 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 및 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 당해 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것이다.”(대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649)

앞의 헌법재판소 결정에서는 한방의료행위와 의료행위를 판단할 때 이론적 학문기초와 훈련된 의료기술의 측면에서 보았다. 대법원 판례는 다소 종합적인 입장을 취하고 있다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649). 법적인 측면으로는 이원적 의료체계의 입법 목적, 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지를 잘 이해하고, 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리와 의료행위의 경위·목적·태양을 고려하며, 마지막으로 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는 수단으로 의과대학과 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부 등을 판단해야 한다고 한다. 아쉬운 점은 한의약육성법이 개정되어 한의학임상에서 현대과학을 이용한 발전가능성이 명문화되어 있음에도 불구하고 아직 판례에 반영되고 있지 않은 점이다¹⁵⁾.

V. 한방의료행위 법적개념에 관한 전망

국민의료법에서 한방과 양방을 나누어 면허를 구분하였고 지금까지 그 체계가 이어오고 있지만 사실상 국가의료체계는 양방중심으로 구성되어 왔고 한의사들은 상대적으로 소외감을 느껴왔다. 국가기관인 국립의료원에 한방진료부가 생긴 것도 1991년으로 한방진료가 1907년에 대한의원에서 사라진 이후 근래에 재개된 것이며¹⁶⁾, 한의학 교육이 국립기관에서 다시 이루어진 것도 2008년 국립부산대학교에 한의학전문대학원이 개원하면서부터다. 따라서 한방의료행위에 관한 연구나 판례도 양방에 비해 매우 적은 편이며, 그 논의도 근본적으로 의료행위라는 범위 안에서 이루어질 수밖에 없다. 기존에는 전통적인 한의학을 바탕으로 침, 뜸, 약물 위주의 치료행위를 기준으로 한방의료행위를 판단하였다고 할 수 있으나 한의약육성법에서도 밝히고 있듯이 한의학의 과학화와 현대화를 통한 발전가능성을 포괄해야 한다고 생각한다¹⁷⁾. 이러한 맥락에서 한의사 현대의료기기 사용 논의가 같이 이루어져야 할 필요성이 있다.

法院에서는 구체적인 사건이나 분쟁이 일어나고 이를 심리할 실익이 있다고 판단할 때 절차에 들어가고 판결이 이루어지므로 판례를 일반적인 판단의 근거로 삼기에는 한계가 있으며, 또한 우리나라는 성문법 국가로서 판례의 法源性이 부정된다. 그러나 실질적으로 판례가 가지는 사실적 구속력은 점점 더 커지고 있다.

대법원 판례가 중요한 것은 비록 기존 판례가 판결에서 법률과 같은 法源으로는 인정되지 않지만 비슷한 사례가 반복되는 경우 최종 판결로서 중요하게 참조될 수 있기 때문이다¹⁸⁾. 더욱이 헌법재판소 결정의 경우에는 헌법재판소 법에 따른 구체적인 구속력이 있다. 이는 헌법재판소법 제23조 제2항 단서에 따라서 “중전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우”에는 일반적인 과반수 찬성이 아닌 재판관 6명 이상의 찬성이 필요하기 때문이다. 기존 결정을 변경하기 위해서는 재판관의 찬성이 더 필요하므로 실질적인 장벽이 되는 셈으로 기존 결정에 대한 구속력으로 작용한다¹⁹⁾. 따라서 일단 대법원의 판결이나 헌법재판소의 결정이 이루어지면 시대·법률·사회·정치·여론 등의 변화 같은 특별한 사정이 있지 않는 한 기존의 내용을 반복하는 것이 매우 어렵다.

따라서 비록 한의약육성법에서 현 시대의 한방의료행위의 법적 개념을 좀 더 확실하게 미래지향적으로 밝혀놓고 있지만 그 정신을 실제 의료현장에 구현하기 위해서는 아직 많은 노력이 필요하다. 위에서 본 바와 같이 한방의료행위의 법적 개념을 적극적으로 인정받기 위해서는 법률, 학문적 원리와 임상, 교육과 평가의 세 가지 측면의 접근이 필요할 것이다. 법률적인 면에서는 의료법이나 한의약육성법과 같이 한의학 관련 법률의 입법 목적과 법령의 취지를 정비하고, 필요하다면 한의약육성법의 경우처럼 법률 재개정과 같은 적극적인 입법 관련 활동을 해야 한다. 의료법 규정을 개정하면 좋겠지만 이는 의료행위, 한방의료행위, 치과의료행위를 포괄한 연구가 선행되어야 하므로 아직은 어려운 일이라고 생각한다.

두 번째로 학문적 원리와 임상의 부분인데 한의계에 서 해야 할 가장 기본적이면서도 중요한 활동이 필요한 분야이다. 한의약육성법에 나와 있는 것처럼 선조로부터 내려오는 전통한의학을 한의학의 정체성으로 생각하는 사람과 이를 현시대에 맞게 계승 발전하고 과학적으로 응용·개발해야 한다고 주장하는 사람 모두 공존하고 있다. 두 의견이 모두 다 한의학 발전을 위해서 중요하다. 다만 미래의 한의학을 생각해 볼 때 전통한의학의 프레임으로는 새로운 치료기술 개발, 현대 의료기기 사용 및 개발, 세계적인 한양방 융합의학으로 발전가능성을 포괄하기 힘들다. 당장 초음파, 방사선, 맥진, 설진, 혈류분석, 영상인식 등 많은 분야에서 현대과학을 활용한 기기들이 개발되었거나 개발 중인데 기존 내경이나 동의보감의 생리, 병리, 진단, 치료, 양생의 개념에 과학의 시각과 결과물이 더해져야 할 수 있는 일이다. 또한 많은 새로운 진단·치료 기술이 임상에서 사용되고 이를 학문적으로 뒷받침하는 것도 새로운 과학적 프레임이 요구한다.

마지막으로 교육과 평가의 측면이다. 한방의료행위의 전문성을 확보할 수 있는 가시적인 지표가 되는 분야이다. 우리가 과거에 민족의학으로서 업권을 지키는 중요한 상징으로 한의과대학에 침구학, 본초학 교실이 있으며 국가고시에서 침구학과 본초학을 평가한다는 사실을 주장한 적이 있듯이 현대 우리나라에 걸 맞는 한의과대학의 교육과정과 국가고시 운영실적은 전문성을 입증하는 중요한 자료가 될 것이다.

다음으로는 서양의학과 한의학의 경계에 관한 논의가 필요하다. 의료행위의 전문화 경향에 따라 의료인의

직능범위에 관한 다툼이 일어나고 있다. 예로서 의사, 치과의사, 한의사 사이에 나타나고 있는 피부관리, 미용, 비수술 성형, 턱관절 교정 등 치료영역에 관한 분쟁을 들 수 있다. 다 같이 현대과학을 기반으로 하여 발전하고 있기 때문에 영역이 겹치는 부분이 생겨나기 마련이다. 이와 더불어 서양의학의 확장성을 들 수 있다. 서양의학은 현대과학을 기반으로 동서양을 포괄하여 거대 세계 주류의학으로 성장해왔다. 전통의학, 대체의학의 수준에서 새로운 과학적 연구를 통해 의학적 성과가 이루어지면 의학이 흡수하여 방대한 의료임상의 일부분으로 사용된다. 이러한 논리에서는 한의학이 현대과학을 기반으로 치료기술을 개발하거나 치료효과를 입증하게 되면 곧 의학의 영역이 되는 것이다. 천연물신약이 단적인 예가 된다²⁰. 우리나라에서는 한양방 이원적 구조를 운영하고 있기에 순수한 연구개발의 경우에도 임상영역의 분쟁으로 이어질 수 있다.

다른 한 편으로는 동서양의학의 융합을 통해서 한방의료행위의 영역을 발전적으로 해결하는 방식이 있을 수 있다. 윤태영 등의 조사를 참조하면 의과대학 교육과정의 3/4이 한의과대학 교육과정에 포함되어 있다는 주장이 있으며 실제로도 한의과대학에서 개설되고 있는 생명과학 및 생의학 관련 과목이 전 학년에 걸쳐 상당한 편이다. 교과과정으로만 보면 한의사는 이미 많은 부분에서 서양의학과 학문적 기초를 공유하고 있으며 이것이 긍정적인 동서양의학의 융합으로 이어지기 위해서는 상호 이해가 필요하다. 협진과 관련해서 한의사들은 의사들이 한학을 이해해야 한다고 생각하였고, 의사들은 한의학의 과학적 진보가 필요하다고 생각하였다는 보고가 있다²¹. 동서양의학 융합의 경우 법률적으로는 한방의료행위과 관련된 논의가 깔끔하게 해결 될 것으로 전망되지만, 그 실현은 쉽지 않으며 많은 선행 노력이 필요하다²²⁻²⁵.

의료행위를 의료인에게만 허가하는 것은 국가의 정책이라 할 수 있으며, 의료인이 각자 직무 범위 안에서 행하는 의료행위는 원칙적으로 각 의료인의 학문적 기반과 임상현실에 따른다고 할 것이다²⁶. 그렇지만 이것만으로 한방의료행위를 정의하는 것은 다양한 임상활동의 중첩을 생각해 볼 때 정책적인 고려가 필요한 부분이다²⁷. 의료의 영역이 점점 넓어지고 의료인들의 임상영역 다각화에 따라서 환자에 대한 치료효과와 국민 건강권 확보라는 측면에서 입법정책의 변화를 이끌어내는 것도 병행되어야 할 작업이 될 것이라고 생각한다²⁸.

VI. 결 론

의료행위는 의료법에 따르면 의료인이 의료·조산·간호 등 의료기술을 시행하는 것을 말한다. 다만 명확하게 각각의 의료인이 행하는 의료행위를 설명하고 있지는 않다. 판례에 따르면 의료행위는 “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”(대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결)이다. 한의약육성법에 따르면 ““한의약”이란 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학(韓醫學)을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위(이하 “한방의료”라 한다) 및 한약사(韓藥事)를 말한다”고 하여 한방의료행위의 개념을 전통 한의학과 이를 기초로 과학적으로 응용·개발한 것으로 개념짓고 있다. 하지만 판례는 아직 한방 의료행위를 “우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위”(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결)에 멈춰있어 현대과학을 바탕으로 한 확장가능성을 인정하지 않고 있다.

한의사의 한방의료행위와 의사의 의료행위는 각자의 학문 원리에 근거하여 지식과 경험, 술기를 통해 질병 치료와 예방을 하는 임상행위이다. 학문의 원리와 임상에서 사용하고 있는가 등 고유한 학문영역과 임상현실이 중요한 근거가 된다. 법적 개념은 현재의 상태를 반영하고 있는 것이며 영속적인 속성이 아니므로 시대가 바뀌에 따라서 변화하는 것이다. 한의약육성법의 취지를 이해하며 한의학 고유의 학문원리와 임상진료 및 의료기기 사용에 관한 내용을 미래지향적으로 연구발전시키는 것이 한방의료행위의 개념정립에 필수적인 요소가 된다. 동서의학의 융합은 법적인 개념을 정리하고 한양방 의료영역 관련 분쟁을 없애는 데에 도움이 되겠지만 실현이 쉽지 않다. 한의과대학의 교육과정과 임상진료를 연계하고 한의학 기초와 치료기술에 관한 개념을 정립하는 한편 입법정책적인 고려를 위한 노력이 중요하게 생각된다.

참고문헌

1. 이선동. 의료과오 및 분쟁의 법률적체계에 관한 연구. 대한한의학회지. 1997;18(1):101-25.
2. 이해웅, 김훈. 한방 의료분쟁과 한의사의 적절한 진료 가이드라인에 대한 고찰. 동의생리병리학회지. 2006;20(6):1749-62.
3. 하재홍. 한방의료행위. 경기법학논총. 2008;6:137-63.
4. 이미선, 권영규. 판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰. 한국한의학연구원논문집. 2009; 15(3):19-28.
5. 이부균. 한방의료행위의 개념요소와 유형에 관한 법적 고찰. 의료법학. 2012;13(2):263-84.
6. 권순조, 엄석기. 한방 의료행위의 개념과 그 한계. 한국의사학회지. 2015;28(1):121-33.
7. 이상돈, 김나경. 의료법 강의. 3판. 경기:법문사. 2017:2-3.
8. 백경희, 장연화. 양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰. 한국의료법학회지. 2014;22(1):127-129.
9. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결
10. 장철준. 의료행위와 기본권: 헌법 해석적 접근. 의료법학. 2014;15(1):12-13.
11. 2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합)
12. 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결
13. 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결
14. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006도6870 판결
15. 권순조, 엄석기. 한방 의료행위의 개념과 그 한계. 한국의사학회지. 2015;28(1):125-26.
16. 한의과대학 예방의학교재 편찬위원회. 예방한의학 및 공중보건학. 서울:계축문화사. 2013:39.
17. 이미선, 권영규. 판례분석을 통한 한방의료행위개념의 법적 근거 고찰. 한국한의학연구원논문집. 2009; 15(3):25-26.
18. 김학동. 判例의 法源性. 저스티스, 1993;26(2):20-22.

19. 허완중. 헌법재판소결정의 선례적 구속력. 저스티스. 2009.4:6-10.
20. 엄석기. 한약제제, 생약제제와 천연물신약의 범규상 개념 및 정의의 문제점과 개선안. 대한한의학원전학회지. 2014;27(4):181-98.
21. 권영규, 이현지. 한양방협진에 대한 의료전문직의 태도. 동의생리병리학회지. 2006;20(1):12.
22. 윤태영, 민병일, 오인환, 오창모, 노국래. 의대와 한의대의 통합을 통한 의료일원화 방안 연구. 대한의사협회 의료정책연구소 연구보고서. 2012.4:1-289.
23. 조재국. 보건의료 환경변화와 의료일원화. 보건·복지 Issue&Focus. 2010.3;27:1-8.
24. 김재식, 이원길, 서장수, 송경은, 이증원, 김풍택, 이양수, 강병조, 이죽내, 김두희, 박영춘. 의료일원화와 동서의학에 관한 연구. 의사학. 1998.6;7(1):47-60.
25. 정유경. 한의사들의 의료일원화에 대한 담론분석. 서울대학교 대학원. 석사학위논문. 2009:1-91.
26. 김선욱외 8인. 의료와법. 서울:도서출판 씽크스마트. 2013:41-43.
27. 백경희, 장연화. 양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 대한 고찰. 한국의료법학회지. 2014;22(1):134-135.
28. 김나경, 손홍수. 의료개념의 다층적 이행와 법. 의료법학. 2010;11(2):102-106.