

한의사의 초음파 진단기기 사용은 무면허의료행위인가?

-대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결-

이 동 진*

[사안개요]

[판결요지]

[연구]

I. 서론

II. 대상판결의 쟁점과 당부

1. 종래의 논의
2. 대상판결의 위치 및 그 당부

III. 대상판결 이후의 문제

1. 현행법상의 문제
2. 장래의 전망

IV. 결론

[사안개요]

1. 검사는 한의사인 피고인에 대하여 다음과 같은 공소사실로¹⁾ 공소를 제기

* 논문접수: 2023. 3. 6. * 심사개시: 2023. 3. 9. * 게재확정: 2023. 3. 24.

* 서울대학교 법학전문대학원 교수.

* 이 논문은 2023. 1. 17. 한국의료법학회·대한의료법학회·대한의학회 공동 토론회 “환자 보호를 위한 과학적 의료의 정립과 사법부의 역할 - 한의사의 초음파기기 사용에 대한 대법원 판결을 중심으로 -”의 발표문을 수정한 것이다. 유익한 논평을 해준 익명의 심사자들에게 감사드린다. 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2023학년도 학술연구비의 지원을 받았다 (서울대학교 법학발전재단 출연).

1) 서울중앙지방법원 2016. 12. 6. 선고 2016노817 판결. 아래 주 3의 전원합의체 판결의 인용도 같다.

4 이동진

하였다:

「누구든지 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없으며, 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 그럼에도 한의사인 피고인은 2010. 3. 2.경 환자 공소외인을 진료하면서 초음파 진단기기(모델명: LOGIQ P5)를 사용하여 공소외인의 신체 내부를 촬영한 것을 비롯하여 2012. 6. 16.까지 공소외인에게 총 68회 초음파 촬영을 함으로써 초음파 화면에 나타난 모습을 보고 진단하는 방법으로 진료행위를 하여 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다.」

2. 제1심법원은 의료법위반(무면허의료행위)의 죄책을 인정하여 벌금 50만 원의 형을 선고하였다. 이에 피고인이 항소하였으나 원심법원은 다음과 같은 이유를²⁾ 들어 제1심판결을 유지하였다:

「1) 초음파 검사는 영상을 판독하는 과정이 필수적인데 이를 위해서는 서양 의학적인 전문지식이 필요하므로, 초음파 진단기기는 판독에 관해서 서양 의학의 학문적 원리에 기초하여 개발·제작된 것이지만 단순히 물리학적 원리에 기초하여서만 개발·제작된 것은 아니다.

2) 의료행위에서 진단의 중요성에 비추어 볼 때, 피고인이 진단에 관해 서양 의학의 전형적인 방법인 초음파 검사를 시행한 이상 치료방법으로 침이나 한약 등을 사용하였다는 사정만으로 초음파 진단기기를 사용하는 의료행위가 한 의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것이라 보기 어렵다.

3) 초음파 진단기기 사용 자체로 인한 위험성은 크지 않으나, 진단은 중요한 의료행위여서 검사 내지 진단을 하는 과정에서 환자의 상태를 정확히 판독하지 못하면 사람의 생명이나 신체상의 위험을 발생시킬 우려가 있고, 이는 초음파 진단기기를 사용하는 경우에도 마찬가지이다.」

3. 이에 피고인이 상고하였다.

2) 아래 주 3의 전원합의체 판결의 정리에 따름.

[판결요지]

1. 대법원은 대체로 다음과 같은 이유를 들어 한의사의 의료기기 사용에 관한 종래 판례를 변경함과 동시에 이를 전제로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다(이하 ‘대상판결’이라 한다)³⁾:

가. 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 대한 판단기준

대법원은 “한의사가 전통적으로 내려오는 의료기기나 의료기술(이하 ‘의료기기 등’이라 한다) 이외에 의료공학의 발전에 따라 새로 개발·제작된 의료기기 등을 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지”에 관하여, “관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지, 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지, 해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지, 해당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여 왔다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결 참조, 이하 ‘종전 판단기준’이라 한다).”

그러나 “의료행위 관련 법령의 규정과 취지는 물론 의료행위의 가변성, 그 기초가 되는 학문적 원리 및 과학기술의 발전과 응용 영역의 확대, 이와 관련한 교육과정·국가시험 기타 공적·사회적 제도의 변화, 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어선 보건위생상 위해 발생 우려가 없음을 전제로 하는 의료소비자의 합리적 선택가능성 등을 감안하면, 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관하여 종전 판단기준은 새롭게 재구성될 필요가 있다.” 즉, “한의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여

3) 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결.

6 이동진

부는 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지, 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지, 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백한지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다(이하 ‘새로운 판단기준’이라 한다). 이는 ‘중전 판단기준’과 달리, 한방의료행위의 의미가 수범자인 한의사의 입장에서 명확하고 엄격하게 해석되어야 한다는 죄형법정주의 관점에서, 진단용 의료기기가 한의학적 의료행위 원리와 관련 없음이 명백한 경우가 아닌 한 형사처벌 대상에서 제외됨을 의미한다.”

나. 한의사의 초음파 진단기기 사용이 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부

“앞서 살펴본 새로운 판단기준에 따르면, 한의사인 피고인이 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하여 화면에 나타난 모습을 보고 이를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용하는 것은 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 한의사의 초음파 진단기기 사용을 금지하는 취지의 규정은 존재하지 않는다.”

“2) 초음파 진단기기가 발전해온 과학기술문화의 역사적 맥락과 특성 및 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 한방의료행위를 하면서 그 진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다.”

“3) 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기

를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 또는 응용하는 행위와 무관한 것이임이 명백히 증명되었다고 보기도 어렵다.”

다. 판례 변경

“[...] 한의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 앞서 본 ‘새로운 판단기준’에 따라 판단하여야 한다. 이와 달리 진단용 의료기기의 사용에 해당하는지 여부 등을 따지지 않고 ‘종전 판단기준’이 적용된다는 취지로 판단한 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결을 비롯하여 같은 취지의 대법원 판결은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.”

라. 이 사건에 관한 판단

“1) 한의사인 피고인은 범용초음파영상진단장치인 이 사건 초음파 진단기기를 환자 공소외인의 복부에 대고 신체 내부를 촬영하였는데, 복진(腹診)을 기본적으로 시행하면서 보조적 진단수단으로 이 사건 초음파 진단기기를 사용하였다.

2) 피고인은 공소외인의 자궁 부위에 관한 초음파 영상을 관찰하고, 환자에 대해 기체혈어형(氣滯血瘀型) 자궁 질환[석가(石癥) 내지 장담(腸覃)]으로 변증(辨證)하였다. 이는 환자에 대해 한의학적으로 진단한 경우에 해당한다.”

“한의사인 피고인이 이 사건 초음파 진단기기를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용한 행위는 구 의료법 제27조 제1항 본문의 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당한다고 볼 수 없다.”

2. 이 사건에는 판례변경에 반대하는 대법관 안철상, 이동원 2인의 반대의견이 있었다. 그 요지는 다음과 같다:

“다수의견은, 한방의료에도 현대 과학기술이 적용된 의료기기의 사용이 허

용되어야 하고 나아가 그 사용을 장려할 필요도 있다는 점에서, 수공할 수 있는 부분이 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 다수의견에 선뜻 동의하기 어렵다.

첫째, 우리의 의료체계는 양방과 한방을 엄격히 구분하는 양방·한방 이원화 원칙을 취하고 있고, 의료법은 의사와 한의사를 구별하여 각각의 면허를 부여하고 있으므로, 한의사가 초음파 진단기기를 서양의학(이하 ‘양의학’이라 한다)적인 방법으로 사용한다면 이는 이원적 의료체계에 반하는 것으로 의료법상 무면허 의료행위에 해당한다.

둘째, 양의학·한의학의 학문적 원리와 진찰방법에는 근본적 차이가 있어 한의사가 초음파 진단기기를 부가적으로 사용하였더라도 이를 한의학적 진단행위로 볼 수 없고, 아울러 한의과 대학의 교육정도 등을 감안하면 제대로 훈련받지 않은 한의사가 초음파 진단기기를 사용할 경우 오진 등 보건위생상 위해가 생길 우려가 높다.

셋째, 한의사의 초음파 진단기기 사용을 허용할 것인지는 그 필요성이 인정된다고 하더라도 국민의 건강을 보호하고 증진하는 방향으로 제도적·입법적으로 해결함이 바람직하고, 그러한 정비가 이루어지기 전까지는 한의사의 초음파 진단기기 사용을 무면허 의료행위로 규제하는 것은 불가피하다.”

[연구]

I. 서론

「의료법」은 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없고, 의료인도 면허된 것이 외의 의료행위를 할 수 없다고 정한다(제27조제1항). 이에 위반한 자는 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(제87조의2제2항제2호). 이 규정, 특히 그중 후단은 의료인별로 ‘면허된 것’이 다를 수 있음을, 달리 말하면 의료인 안에서 다시 면허의 범위에 따른 구분이 있음을 전제한다. 현행법상 이러한 구분으로는 종적 구분과 횡적 구분이 있다. 종적으로는 의료행위 전반을 할 수 있는 ‘넓은 의미의’ 의사와, 의료행위에 관한 한⁴⁾ 의사를 보조하는 한도

에서만 의료행위를 할 수 있는 간호사, 의료기사가⁵⁾ 구분된다. ‘넓은 의미의’ 의사는 일체의 의료행위를 직접 할 수 있으나 보조인력은 진료에 관한 한 의사의 “지도하에” 보조하는 데 그쳐야 하고, 독립적으로 의료행위를 하면 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당한다. 횡적으로는 ‘좁은 의미의’ 의사와 치과의사, 한의사가 구분된다(의료법 제2조제2항제1호 내지 제3호). 가령 치과의사가 의사의, 의사가 한의사의, 그리고 한의사가 의사나 치과의사의 ‘면허된’ 의료행위를 하는 경우에는 무면허의료행위가 되는 것이다.

대상판결은 그중 한의사가 초음파 진단기기를 사용하여 진단을 한 행위가 그의 ‘면허된 것’을 벗어난 의료행위로 무면허의료행위가 되는가 하는 점을 다루었다. 이 문제를 이러한 방식 내지 문제 틀(그 의미는 후술한다)로 다룬 최초의 대법원 판결이고, 그 자신의 이해에 따르면 판례를 변경한 전원합의체 판결이기도 하다. 근래 특히 한의사가 현대적 의료기기를 활용하는 예가 증가하면서 이것이 ‘면허된 것 이외의 의료행위’ 아닌가 하는 논란이 자주 제기되었는데, 이 판결은 이러한 논란에 관한 법원의 입장을 상세히 논한 것으로 선례적 가치가 크다.

이 문제가 늘 그러하였던 것처럼, 이 판결도 의료계에서 여러 논란을 낳고 있다. 대법원도 예상하였을 것이다. 그럼에도 불구하고 대상판결과 같은 결론에 이른 데에는 나름의 이유가 있다. 이러한 사정은 대상판결의 사정(射程)을 이해하는 데도 필요하다. II.에서는 대상판결이 다루고자 한 법적 쟁점이 무엇이었는지, 그리고 그 판단이 타당한지를 검토한다. 다른 한편, 대상판결이 현실에 미칠 구체적 영향은 별도로 검토를 요한다. 특히 당해 또는 동종 사안에 관한 대상판결의 실시 중 일부는 오도적(誤導的)이다. 이 점은 대상판결의 의미를 불분명

4) 의료법 제2조제5호나목(“의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조”). 반면 같은 호 가목은 “환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호”를 간호사의 첫째 업무로 들고 있는데, 이러한 업무에 관한 한 간호사는 의사의 보조인력이라고 할 수 없다.

5) 의료기사는 “의사 또는 치과의사의 지도 아래 진료나 의화학적 검사에 종사하는 사람”으로 정의된다(의료기사 등에 관한 법률 제1조의2제1호). 의료기사 등에 관한 법률의 규율대상 중 의료기사 이외의 것, 즉 보건의료정보관리사와 안경사는 그 고유업무에 관한 한 의사의 보조인력이라고 할 수 없다.

하게 하고 있다. 대상판결이 타당하다 하더라도 사안이 제기하는 법·정책적 문제는 엄연히 남아 있는 것이기도 하다. 이러한 점은 III.에서 다룬다.

II. 대상판결의 쟁점과 당부

1. 종래의 논의

가. 법원과 헌법재판소의 선례들

법원은 있는 법을 구체적 사안에 적용하는 것을 주 임무로 삼는다. 법을 만드는 것은 원칙적으로 법원의 권한 밖의 일이다. 그러나 해석·보충 없이 법을 적용할 수 없는 경우가 적지 아니하다. 법원은 그 한도에서 법을 ‘만드는’ 데 관여한다. 개별 사안에 적응하여 판단하는 예도 있지만 법령의 ‘해석·보충’으로 일반·추상적인 명제를 수립하고 이를 다시 개별 사안에 적용하는 일이 흔하다. 이러한 일반·추상적 명제, 즉 법리는 법질서의 일부가 된다. 최고법원으로서 대법원의 제1과제는 이러한 법리를 통일하는 데 있다.⁶⁾

대상판결은 종래의 ‘판례’를 ‘변경’한 전원합의체 판결이다. 대상판결에서 대법원의 결론은 그것이 어떠한 문제에 대한 답인지를 보아야 정확히 이해할 수 있고, 이는 종래의 ‘판례’ 내지 선례의 파악을 전제한다. 그중 특히 중요한 것은 아래 ③과 ④이다.

① 한의사의 X-선 골밀도측정기를 이용한 성장판검사

리딩 케이스(leading case)는 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결이다. 같은 판결은, “구 의료법은 의사, 한의사 등의 면허된 의료행위의 내용에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 구체적인 행위가 면허된 이외의 의료행위에 해당하는지 여부는 구체적 사안에 따라 구 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 규정의 내용, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안

6) 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구(제36호), 2014, 1135면 이하.

하여 사회통념에 비추어 판단하여야” 한다면서, 한의사가 진단용 방사선 발생 장치인 X-선 골밀도측정기를 사용하여 성장판을 검사한 행위가 무면허의료 행위라고 판시하였다. 약 반년 뒤의 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마 623 결정도 같은 행위에 대한 검찰의 (무면허의료행위임을 전제하는) 기소유 예처분에 대한 헌법소원 사건에서 이러한 행위가 의료법상 한의사에서 면허된 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다면서 청구를 기각하였다.⁷⁾

② 한의사의 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기를 사용한 시력, 안질환, 청력검사

반면 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마551, 561 결정은 한의사의 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기를 사용한 시력, 안질환, 청력검사가 무면허의료행위임을 전제로 한의사에 대하여 기소유예처분을 한 데 대한 헌법소원을 인용하여 (무혐의 취지로) 처분을 취소하였다. 헌법재판소는 그 이유에서 다음과 같이 판시하였다:

“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 판단하여야 한다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 전원재판부 결정 참조).

그런데 의료공학의 발달로 종래 의사가 사용하는 것으로 인식되던 의료기기를 한방의료행위에 사용할 수 있는 것인지에 대한 논란이 계속되고 있는 한편, 한방에서 활용되던 의료기법을 의사가 활용하려는 시도 또한 계속되고 있고, 이러한 행위들이 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지 여부가 의사와 한의사의 직역 간 갈등으로 비화되어 행정 조치 요청이나 형사고발 등을 통하여 다투어지고 있는 실정이다. 의료법은 ‘국

7) 같은 취지로, 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398 결정.

민의 건강을 보호하고 증진'하는 것을 목적(제1조)으로 하고 있는바, 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 해석 또한 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 중점을 두어 해석되어야 할 것이다. 따라서 과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려 없이 진단이 이루어질 수 있다면 자격이 있는 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석되어야 한다. 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.”

③ 한의사의 필러시술행위

대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결에서는 한의사가 주사기를 사용하여 환자의 코와 볼에 히알루론산을 주입한 필러시술행위가 문제되었다. 대법원은 이것이 무면허의료행위에 해당한다고 하였다. 주목할 점은 같은 판결이 다음과 같이 설시하고 있었다는 사실이다:

“구 의료법에서 의사와 한의사가 동등한 수준의 자격을 갖추고 면허를 받아 각자 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 하는 이원적 의료체계를 규정한 것은 한의학이 서양의학과 나란히 독자적으로 발전할 수 있도록 함으로써 국민으로 하여금 서양의학뿐만 아니라 한의학이 이루고 발전시켜 나아가는 의료혜택을 누릴 수 있도록 하는 한편, 의사와 한의사가 각자의 영역에서 체계적인 교육을 받고 국가로부터 관련 의료에 관한 전문지식과 기술을 검증받은 범위를 벗어난 의료행위를 할 경우 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생에 발생할 수 있는 위험을 방지하기 위한 것이다.

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 구체적 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.

한 의사가 전통적으로 내려오는 의료기기나 의료기술(이하 ‘의료기기 등’이라 한다) 이외에 과학기술의 발전에 따라 새로 개발·제작된 의료기기 등을 사용하는 것이 한 의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부도 이러한 법리에 기초하여 판단하여야 할 것이고, 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초하지 아니하였다는 사정만으로 한 의사가 해당 의료기기 등을 진료에 사용한 것이 그 면허된 것 이외의 의료행위를 한 것이라고 단정할 것은 아니다.”

④ 한의사의 광선조사기(IPL)를 사용한 잡티 제거

대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결은 한 의사가 광선조사기(IPL)을 사용하여 잡티 제거 등 시술을 한 것이 무면허의료행위라고 보았다. 이 판결은 다음과 같이 실시하였다:

“한의사가 전통적으로 내려오는 의료기기나 의료기술(이하 ‘의료기기 등’이라 한다) 이외에 의료공학의 발전에 따라 새로 개발·제작된 의료기기 등을 사용하는 것이 한 의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부도 이러한 법리에 기초하여, 관련 법령에 한 의사의 당해 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지, 당해 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지, 당해 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지, 당해 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한 의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

⑤ 기타

그밖에 하급심 재판례로는, 한 의사가 CT기기를 사용한 것이 무면허의료행위라고 한 예와⁸⁾ 한 의사가 뇌파계(NEURONICS-32 plus)를 사용하여 파킨

슨병, 치매를 진단한 것이 무면허의료행위가 아니라고 한 예가⁹⁾ 있다.

나. 학설상 논의

의사와 한의사의 업무영역 구분 일반에 관하여는 (의료)법학에서도 여러 논의가 있었다. 이들은 대체로 양자를 엄격하게 이분법적으로 나누는 것은 가능하지 아니하거나 적절하지 아니하고 의료행위 개념의 가변성(可變性)과 의료/한방 의료의 중첩 가능성을 인정하여야 한다는 결론에 이르고 있다.¹⁰⁾ 그리하여 법원이 한의사가 특정 의료기기를 사용할 수 있다고 인정한 개별 재판례에 찬성하거나¹¹⁾ 나아가 아직 법원이 판단하지 아니한 사안에서 더 과감한 해석, 더 넓은 범위의 중첩을 요구하기도 하였다.¹²⁾

8) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결. 상고 없이 확정되었다.

9) 서울고등법원 2016. 8. 19. 선고 2013누50878 판결. 같은 판결은 원고가 전통적 한의학적 진찰법인 복진(服診) 또는 맥진(脈診)을 통해 파킨슨병 등을 진단함에 있어서 뇌파계를 병행 또는 보조적으로 사용한 것은 절진(切診)의 현대화된 방법 또는 기기를 이용한 망진(望診)이나 문진(問診)의 일종으로 파악할 수 있다는 점과 뇌파계의 경우 일반인에게도 판매가 이루어지고 있는 것으로 보이고, 한방용 의료기기와 구별하여 판매가 허가되고 있지 않다는 점, 뇌파계의 측정결과가 즉시 자동으로 추출되는 것은 아니라도, 환자의 머리에 전극이 부착된 캡을 씌운 후 일정 시간이 지난 후 그 검사결과가 기계 자체에서 뇌파 데이터를 자동적으로 추출하고 측정결과를 분석하므로 그것이 어떠한 임상적 의미를 지니는지 판단한 것만이 의사의 역할이므로 서양의학에 관한 전문지식이나 기술을 필요하지 않는다는 점 등을 그 이유로 들었다. 이 사건은 별다른 실질적 이유설시 없이 상고기각으로 확정되었다.

10) 대체로 그러한 방향으로, 김기영, “의료기술의 발달과 한의사의 의료기기사용에 대한 법적 한계-뇌파계를 파킨슨병 및 치매 진단 등에 사용한 행위-”, 의생명과학과법(제20권), 2018, 21면 이하; 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 법철학연구(제13권 1호), 2010, 174면 이하; 이경민, “면허된 것 이외의 의료행위 해당 여부에 관한 판단 기준의 정립 방향 - 한의사의 의료기기 등 사용을 중심으로 -”, 사법(제57호), 2021, 469면 이하; 이백휴·이평수·박윤희, “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계 - 소위 IMS 시술 관련 판결을 중심으로 -”, 한국의료법학회지(제19권 2호), 2011, 148면 이하.

11) 김기영(주 10), 같은 곳. 이백휴·이평수·박윤희(주 10), 같은 곳도 이를 전제하는 것으로 보인다. 또한, 박덕봉·명순규, “현대 의료기기의 사용과 한의사의 면허 범위-서울행정법원 2016. 6. 23. 선고 2015구합68789에 대한 평가”, 고려법학(제83호), 2016, 265면; 범정철, “의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰”, 의생명과학과법(제2권), 2009, 70면 이하도 참조.

12) 가령 김나경(주 10), 176면 이하; 이경민(주 10), 479면 이하(예시로 한의사가 초음파검밀도측정기를 사용하여 골다공증을 진단하는 것은, 성장판검사행위와는 달리, 허용된다는 결론에 이른다).

이에 대하여는 특히 한의사의 안압측정기 등 사용과 관련하여 안질환 중에는 자동화된 검사결과로 진단하기 어려운 경우가 있고, 적시에 진단, 치료가 이루어지지 아니하면 자칫 시력을 상실할 우려도 있어 보건위생상 위해가 없다고 할 수 없다는 점을 근거로 한 비판,¹³⁾ 한의사의 영상의료기기의 사용에 대하여 한의사에게는 의사나 치과의사와 달리 의료기사 지도권을 부여하지 아니하고 있고, 한의사는 영상판독에 전문성을 갖추지 아니하였으며, 진단은 치료를 전제한 것이어서 진단이 잘못되면 보건위생상 위해가 발생할 수 있으므로 엄격한 규제가 필요하다는 비판이¹⁴⁾ 있다. 이들은 가령 안압측정기 사건(㉔), 뇌파계 사건(㉕)이 무면허의료행위에 해당한다는 결론에 이른다.

2. 대상판결의 위치 및 그 당부

가. 대상판결의 위치

대상판결의 다수의견이 한 ‘판례변경’은 “의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초”할 것이 아닌 “한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백”할 것을 판단의 기준으로 삼겠다는 취지였다. 구체적으로 비교하면 아래 (b)를 바꾸는 취지이다:

‘종전 판단기준’	‘새로운 판단기준’
(a) 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지	(a) 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지

13) 이동필, “한의사의 안과 의료기기 사용 허용 관련 헌법재판소 판결에 대한 비판적 검토”, 의료정책포럼 제13권 제1호(2015), 116면; 김한나·김계현, “의사·한의사의 업무범위에 관한 검토: 한의사의 의료기기 사용에 관한 문제를 중심으로”, 한국의료법학회지 제24권 제1호(2016), 112면.

14) 김한나·김계현, “의사·한의사의 업무구분과 의료기기 활용에 관한 검토”, 아주법학 제12권 제2호(2018), 53면 이하. 그밖에 장연화·백경희, “무면허의료행위와 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 고찰”, 형사법의 신동향 제53호(2016), 286-287면도 뇌파계 사건에 대하여 비슷한 취지이다.

(b) 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지, 해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지	(b) 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것이 임의 명백한지
(c) 해당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 [등]	(c) 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지 [등]

헌법재판소는 2012년 2월의 X-선 골밀도측정기를 이용한 성장판검사 사건에 대하여는 무면허의료행위를 인정하면서도(①) 약 1년 10개월 뒤인 2013년 12월의 안압측정기 사건에서는 무면허의료행위를 부정하였다(②). 결론만 보면 대법원은 한의사의 의료기기 사용이 문제 된 모든 주요 사건에서 무면허 의료행위를 인정해왔으나, 위 헌법재판소의 안압측정기 사건 직후인 2014년 1월 필러시술행위 사건(③)에서는 무면허의료행위를 인정하면서도 “의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초하지 아니하였다는 사실만으로 한의사가 해당 의료기기 등을 진료에 사용한 것이 그 면허된 것 이외의 의료행위를 한 것이라고 단정할 것은 아니”라고 하여 안압측정기 사건(②)에서 헌법재판소의 판단을 원칙적으로 수용할 뜻을 분명히 하고 있었다.

그런데 바로 그 직후인 2014년 2월 광선조사기 사건(④)에서 대법원은 “당해 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지” 및 “당해 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지”라는 기준을 내세웠다. 두 사건은 서로 다른 소부(小部)에서 한 사건이고,¹⁵⁾ 선고 일자의 차이가 한 달에도 미치지 못한다. 두 판결 모두 선례가 전혀 인용되어 있지 아니하다. 두 판결은 서로의 존

15) 필러시술행위 사건(③)을 담당한 소부는 대법관 김소영(재판장), 신영철, 이상훈(주심), 김용덕으로, 광선조사기 사건(④)을 담당한 소부는 대법관 양창수(재판장), 박병대, 고영한(주심), 김창석으로 구성되어 있었다.

재를 알지 못한 채 내려졌을 가능성이 높다. 뒤의 사건이 앞 사건의 설시가 부적절하거나 부주의한 것임을 전제로, 그러나 바로 직전에 나온 사건임을 고려하여 의도적으로 무시하고 전원합의체 회부 없이 모순되는 판시를 하였을지도 모른다. 어쨌든 두 판결은 문면(文面)상 그 자체 모순되는 기준을 제시하였다. 물론, 필리시술행위 사건(③)은 결과적으로 무면허의료행위를 인정하였으므로 그 사건에서 내세운 다소 너그러운 허용기준 대신 광선조사기 사건(④)의 보다 엄격한 허용기준을 적용하더라도 당해 사건의 결론에는 차이가 없었을 것이다. 필리시술행위 사건(③)의 구체적 기준의 실시, 특히 다소 너그러운 (b) 부분이 방론(obiter dictum)으로 평가될 소지가 없다고 할 수는 없다. 그러나 광선조사기 사건(④)에서도 담당 소부는 “IPL은 주위 조직에 손상을 주지 않는 채 특정한 조직을 파괴하는 선택적 광열용해의 특성을 가지고 있어 특정 색소 제거 등에 활용되고 있다”는 점을 주된 근거로 들고 있다.¹⁶⁾ 즉, 이 사건에서 광선조사기는 단지 소극적으로 한의학의 학문적 원리에 기초하지 아니한 데 그치지 아니하고 오히려 적극적으로 현대적·“외과적”¹⁷⁾ 처치를 한 것으로 의심되었던 것이다. 한의사가 (서양)의학의 원리에 기초한 현대적·외과적 처치를 하는 것이 무면허의료행위라는 데는, 아래에서 보듯, 별 의문이 없다. 그러므로 광선조사기 사건(④) 또한 같은 결론에 이르기 위하여 한의학의 원리에 기초하여야 한다는 적극적인, 엄격한 요건을 설정할 필요까지는 없었고, 더 엄격한 (b) 부분은 불필요하게 과도한 방론으로 평가될 소지가 있었다. 두 판결이 제시한 법리는 모순되나 어느 것이 우선한다고 볼 만한 근거가 없다. 대법판결의 원심은 그중 광선조사기 사건(④)의 법리를 정면에서 원용한 뒤 무면허 의료행위를 인정하였다. 대법원으로서도 두 모순되는 선례 중 무엇이 우선하

16) 같은 판결의 실시이다.

17) 같은 사건에서 원심은 “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 것”이라고 보았다. 대법원이 원심판결을 파기하면서 “주위 조직에 손상을 주지 않는 채 특정한 조직을 파괴하는 선택적 광열용해”를 강조한 것은 원심의 위 판단 부분, 특히 “발생한 병변에 대한 외과적 처치”에 대한 의문을 제기하는 취지로 보인다.

는가에 대하여 이번에, ‘변경’한다기보다는, 정리하였어야 하였다. 원심을 그대로 둔다면 사실상 광선조사기 사건(④)의 법리가 ‘판례’로 승인되는 셈이므로 그렇게 하지 아니하려면 이번에 그러한 입장을 밝혀야 했던 것이다. 대상판결이 모순된 두 판시 중 원심이 따른 광선조사기 사건(④)의 판시를 ‘판례’라고 지칭하고 이를 ‘변경’한 것은 실은 광선조사기 사건(④)이 아닌 필러시술행위 사건(③)의 기준이 ‘판례’라고 ‘정리’하는 취지라고 할 수 있다. 이 사건은 실질적으로는 판례변경이라기보다는 저촉되는 판례의 정리인 것이다.

좀 더 중요한 것은 대상판결이 입장을 정리한 쟁점이 무엇인가 하는 점이다. 필러시술행위 사건(③), 광선조사기 사건(④), 대상판결에 공통된 쟁점은 한 의사가 통상은 한의사가 사용하지 아니하고 의사가 사용하는 의료 “기기를 사용”하는 것이 “그 자체” 무면허의료행위인가 하는 점이다. 필러시술행위 사건(③)과 광선조사기 사건(④) 모두 선례 인용이 없었던 이유는 이러한 쟁점이 ‘대법원에’ 처음 제기된 것이 (서로의 존재를 잘 몰랐던 것으로 보이는) 위 두 사건이었기 때문이다.¹⁸⁾ 이 사실의 이해는 대상판결의 정확한 이해에 관련적이다. 특히 관련 법률 분야 전문가가 아닌 사람들에게 오해되기 쉬우므로 좀 더 설명한다.

대상판결에서 검사는 「한의사인 피고인은 2010. 3. 2.경 환자 공소외인을 진료하면서 초음파 진단기기(모델명: LOGIQ P5)를 사용하여 공소외인의 신체 내부를 촬영한 것을 비롯하여 2012. 6. 16.까지 공소외인에게 총 68회 초음파 촬영을 함으로써 초음파 화면에 나타난 모습을 보고 [가] - 필자 삽입 진단하는 방법으로 진료행위를 하여 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다」는 공소 사실로 공소를 제기하였다. (가) 부분에 (서양의학적인) 영상의학적 판독방법이 구체적으로 기재되어 있었다면 무면허의료행위라는 데 별 의문이 없었을 것이다. 매우 추상적으로 ‘(의료의 일종인) 영상의학에 따라 판독함으로써’ 정도의

18) 헌법재판소는 이미 안압측정기 사건(②)에서 이를 다루었으나, 이 사건은 대법원과는 무관하였고, 한의사의 X-선 골밀도측정기를 이용한 성장판검사 사건(①)은 그 설시에서도 알 수 있듯 기기 사용 그 자체가 아닌 성장판 검사라는 의료「행위」를 문제 삼았다.

기재만 하였더라도 사건의 진행이 달라졌을 수 있다. 그러나 대상판결의 공소 사실에는 이 부분이 비어 있었다. 그리하여 법원은 (서양의학적) 의료「행위」를 하였다는 사실이 특정되고 증명되지 아니한 상태에서 특정 의료「기기」의 「사용」만을 가지고, 특히 형사사건에서, 무면허의료행위라는 결론을 도출할 수 있는가 하는 문제에 직면하였다. 필러시술행위 사건(③)과 광선조사기 사건(④)은 모두 이 문제를 다루고 있었고, 원심은 그중 광선조사기 사건(④)의 법리를 따랐다. 대상판결의 반대의견은 논거 중 첫째로 한의사가 초음파 진단기기를 서양의학적인 방법으로 사용하는 것이 무면허의료행위라고 하나, 이는 다수의견이 인식한 법리상 논점이 아니었다. 다수의견이 이 사건에서 피할 수 없이 정리하여야 했던, 그리고 실제로 정리한 문제는 초음파 진단기기를 (진단 목적으로) 사용하기만 하면 무면허의료행위인가 하는 점이었다.

나. 대상판결의 당부

대상판결의 판단대상은 대상판결의 당부에 직접적인 영향을 준다. 대상판결의 다수의견은 특정 의료기기의 (무엇인지 모르는) 사용 또는 투입이 그 자체로 무면허의료행위가 되려면 그 특정 의료기기의 사용 또는 투입이 필연적으로 어떤 (서양의학적) 의료행위(들)을 내포하는 것이어야 하고, 그러한 사정은 검사가 사실을 특정하고 증명하여야 한다는 입장이다. 법이 금지하는 것은 무면허의료행위이므로 특정 도구의 사용을 (무면허)의료행위와 동치(同値)하려면 그 특정 도구의 사용이 ‘필연적으로’ 어떤 특정 (무면허)의료행위일 수밖에 없어야 한다는, 가령 (원심판결의 표현을 빌면) ‘서양의학적인 전문지식이 필요’함이 공판과정에서 주장·증명되어야 한다는 말이다. 이는 일종의 논리법칙이다. 대법원은 원심법원이 이 점에 대한 구체적 심리 및 사실인정 없이 특정 기기 사용을 곧바로 무면허의료행위라고 판단한 것을 비난한 셈이다.

법만 놓고 보면 이는 오히려 무면허의료행위의 범위를 넓히고 증명을 (논리적으로는) 용이하게 한 것이다. 의료기기의 사용주체에 대한 제한은 현행법상¹⁹⁾ 존재하지 아니한다. 의료법이 문제 삼는 것은 무면허의료「행위」이다. 따

라서 검사가 주장, 증명하여야 하는 사실도 원칙적으로 무면허의료「행위」이다. 무면허의료행위는 주로 형사법적 제재로 규제되므로²⁰⁾ 대법원과 헌법재판소가 강조하는 바와 같이 엄격하게 해석·운용되어야 한다. 물론 특정 의료기기의 사용이 필연적으로(“명백히”) 무면허의료행위로 이어진다면, 그 사용만 가지고 무면허의료행위로 기소하고 유죄판결을 하는 정도의 확장이 반드시 금지된다고까지 말하기는 어렵다. 그러나 법원은 법률규정대로 끝까지 그 의료기기로 한 무면허의료「행위」를 특정하여 기소할 것을 요구할 수도 있었다. 대상판결이 ‘있는 법’을 근거 없이 ‘제한’ 해석하였다고 할 수는 없다.

물론 논리적으로는 반대의견 또는 광선조사기 사건(④)처럼 피고인이 (가) 부분에 한의학적 판독방법을 구체적으로 채워 넣어야만 한방 의료이고 이를 채워 넣지 못하면 무면허의료행위가 된다는 법리도 생각할 수 있다.²¹⁾ 문제는 이러한 해석이 (서양의학에 기초한) 의료와 사이에 차별 취급을 전제할 수밖에 없다는 데 있다. (서양의학에 기초한) 의료의 경우 면허 내의 의료행위와 관련하여 (서양)의학적 방법의 적용을 요구하지 아니하기 때문이다.

의료법의 면허제도는 한편으로는 엄격하게 자격을 제한하면서도, 다른 한편으로는 자격자의 의료행위에 관한 한 광범위한 재량을 인정한다는 데 특징이 있다.²²⁾ 이러한 광범위한 재량은 임상의학의 특성과 생명현상의 복잡·미

19) 현행법상 이를 규율하는 직접적인 법령은 의료기기법이다. 의료기기법은 사용주체를 제한하지 아니할 뿐 아니라 원칙적으로 의사용, 치과의용, 한의사용 의료기기도 구별하지 아니한다.

20) 행정상의 제재가 없는 것은 아니나 사전규제가 아닌 사후규제이므로, 이 규정의 해석·적용은 다른 의료법 규정에 비하여도 (형사)법원의 해석에 의존하는 바가 많을 수밖에 없다.

21) 이 경우에도 피고인이 일응의 주장을 하는 한 무죄추정의 원칙에 의하여 한의학적 판독방법을 활용하였을 가능성이 배제된다는 점의 궁극적 증명책임은 검사에게 돌아간다. 피고인에게 요구할 수 있는 것은 (피고인이 알 수 있고 설명할 수 있는 사실이므로) 어느 정도 구체적인 사실을 주장하고 일응의 소명을 하는 정도가 최대한이다.

22) 이것이 일반적인 면허제도와 비교할 때 매우 이례적이라는 점에 대하여는 선정원, “의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계”, 행정법연구(제26호), 2010, 350면. 이 글은 2010. 3. 30. 대법원의 비교법실무연구회에서 발표된 글이다. 주지하는 바와 같이 대법원 비교법실무연구회는 대법원에 계속 중인 사건(의사의 IMS 시술이 한방 의료인지가 문제된 사건이다)을 광범위하게 검토하기 위하여 그 특정 사건을 염두에 두고 주로 외국에서의 접근에 대한 조사·연구를 의뢰하고 있다.

묘함에 근거를 둔다. 의료행위가 필요한 모든 영역에 처음부터 충분한 근거가 갖추어져 있는 것은 아니고, 임상현장에서 새로운 시도가 의미 있는 경우도 많으므로, 그리고 의료는 본래 그렇게 발전해왔으므로, 의사이기만 하면 어떻게 의료행위를 할지에 대하여 재량을 갖는다. 물론 (서양)의학은 점차 학문화되어 오늘날 광범위하게 근거중심의학(evidence-based medicine)이 되었고, 이미 그러한 근거가 갖추어진 영역에서 나름 말이 되는 이유 없이 지침에서 이탈한 의료행위를 하였다가 악(惡)결과가 발생한 경우에는 의료과오로 판단될 가능성이 있다. “학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위”를 하는 경우 품위손상으로 자격정지의 제재를 받을 가능성도 있다.²³⁾ 그러나 학문적으로 부정되는 의료는 별론, 학문적 근거가 확립되지 아니한 의료가 그 자체 법적제재의 대상이 되지는 아니하고, 특히 무면허의료행위로 제재되지는 아니한다. 즉, 한 의사가 아닌 의사였다면 (가)부분을 공란으로 두고 무슨 쓸모인지 분명하지 아니한 의료기기를 투입하여 무언가를 하였다는 점만으로 무면허의료행위로 처벌받지는 아니한다.

의사에게는 ‘(서양)의학적 원리에 입각한’이라는 요건을 요구하지 아니하면서 한의사에게는 ‘한의학의 원리에 입각한’이라는 요건을, 법해석의 이름으로, 요구할 수 있을까? 이에 대하여 판례는 이미 필러시술행위 사건(③)에서 “의료법에서 의사와 한의사가 동등한 수준의 자격을 갖추고 면허를 받아 각자 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 하는 이원적 의료체계를 규정한 것은 한의학이 서양학과 나란히 독자적으로 발전할 수 있도록 하기 위함이라고 함으로써 원칙적 입장을 밝힌 바 있다. 의료법이 ‘의사’와 ‘한의사’를 “동등한 수준의 자격”으로 규정하고 있고, (서양의학에 기초한) ‘의료’와 ‘한방의료’를 병렬적으로 규정하고 있으며, 무엇보다도 그것이 입법자의, 즉 국회의, 나름 치열한 논의를 거친 뒤 내려진, 정치적 결정이라는 점을²⁴⁾ 고려할 때 해석

23) 의료법 제66조제1항제1호, 같은 법 시행령 제32조제1항제1호.

24) 대한제국 시기 의료를 규율하던 의사규칙(醫士規則, 1900. 1. 2.자)은 한의사와 (서양 의학을 공부한) 의사를 구분하지 아니하고 모두 단일한 의사 범주로 다루었다. 일제 강점기에는 1875년 의사와 한방의료를 구분한 일본의 태도를 따라 양자를 의사와 의생으로 구분하였

자인 법원에게는 불가피한 태도이다. 법령에는 그러한 차별을 정당화할 단서가 전혀 없기 때문이다. 한의사에게만 전래의 한의학에서 인정되었거나 그러한 지견에 터 잡아 설명할 수 있는 방식으로만 의료행위를 할 것을 요구하는 것은 한의학과 발전과 과학화 가능성을 범주적으로 부정하는 셈인데, 이는 대상 판결의 다수의견이 지적하듯 2011년 개정 한의약 육성법의 취지와²⁵⁾ 각국의 전통의학에 대하여 근거중심의학의 체계를 갖추도록 한 세계보건기구(WHO)의 권고와도²⁶⁾ 맞지 아니하다.

남은 문제는 대상판결의 반대의견이 제시한 둘째 및 셋째 논거, 즉 한의과 대학의 교육정도 등을 감안할 때 제대로 훈련받지 아니한 한의사가 진단기기를 사용할 경우 오진 등 보건위생상 위해가 생길 우려가 높다는 점이다. 일련의 판례의 흐름에 비판적이었던 몇몇 견해(주 13, 14)나 원심판결의 셋째 논거도 대체로 같은 취지이다.

그러나 이러한 비판은 과녁을 빗나간 것이다. 의료법상 면허제도는 특정 기기 사용의 안전성, 특히 오진이라는 ‘위해’²⁷⁾ 가능성을 염두에 두고 있지 아니

다. 대한민국에서 이 문제에 대한 법적 규율의 기본원칙은 제2대 국회회기 중인 1951. 9. 25. 제정 국민의료법에 의하여 수립되었는데, 이는 의사·치과의사(제1종 의료업자)와 한의사(제2종 의료업자)를 동등한 지위로 규정하는 내용이었다. 이 문제는 제1대 국회에서부터 논란이 있었고, 한의학의 과학성에 의문을 제기하면서 한의사에게 대등한 지위를 부여하는 데 반대하거나 (의대교수들이 장·차관에 임명된) 보건부가 조선의료령을 대체할 법률로 의사 및 치과의사법을 제출하여 한의학을 배제하려는 시도가 있었으나 이들은 모두 입법에 이르지 못하였다. 오히려 국민의료법 제정 당시 과반수의 국회의원은 오랜 역사적 유산으로서 전통한의학이 국민에게 널리 뿌린 현실을 주목하고 한의학에게도 대학과 학과의 설립 등을 통해 과학화를 진전시킬 기회를 부여하여야 한다는 입장이었다고 한다. 최초의 한의대는 이러한 개정 이후에 설립되었다. 박덕봉·명순구(주 11), 241-243면; 선정원(주 22), 362-364면.

25) 2011년 개정 한의약 육성법 제2조제1호는 “한의학”을 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위” 및 “한약사”는 물론 “이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”로 확장하고 있다. 물론 이는 본문과 같은 해석을 뒷받침하는 하나의 사정에 불과하다. 한의약 육성법의 개정이 없다 하여 한의학의 과학화에 대한 입법자의 기본적 결정이 달리 이해될 수 없다는 점에 대하여는 앞의 주 24도 참조.

26) WHO/TRM/91.4. Guidelines for the Assessment of Herbal Medicine, 1991로 보인다.

27) 이를 굳이 ‘위해’라고 부르는 것은 판례가 말하는 ‘위해’의 취지가 그것이 아님을 알면서도 용어를 끌어오기 위한 시도에 해당한다. 판례가 의료기기 사용 자체와 결부시키고 있는 ‘보건위생상 위해’는 기본적으로는 기기 자체의 침습성으로 인한 위해임이, 그 맥락상, 명백한데, 오진의 위험은 기기에서 유래하는 것이 아니라 의료「행위」에서 유래하는 것이

하기 때문이다. 안과전문의가 아닌 내과전문의가 안압측정기만 가지고 녹내장 진단을 하려 하는 경우, 영상의학과전문의가 아닐 뿐 아니라 영상진단에 관한 수련을 받은 적 없는 일반의가 초음파 기기로 간질환을 진단하려 하는 경우에도 위험은 존재한다. 그러나 그러한 행위는 의료과오로 민·형사책임의 대상이 될지언정 무면허의료행위가 되지는 아니한다. 의사가 단 한 번도 해본 적이 없고 실제로 관찰한 적도 없는 시술을 문헌만 보고 시도할 때에도 보건위생상 위험은 존재한다. 그렇다고 그것이 무면허의료행위가 되는 것은 아니다. 이러한 판단기준은 무면허의료행위와 무관하다. 현행 의료법은 과학적으로 검증된 의료기술에 한하여, 그것도 그 시술능력이 개별적으로 검증된 사람만 하게 하고 있지 아니하다.²⁸⁾ 오히려 범주적으로 의료인에 포함되지만 하면 포괄적인 의료행위 자격을 인정한다.²⁹⁾ 이 논리를 한의사에 대하여 일관하여 적용한다면 그가 서양의학적 영상진단훈련을 충분히 받지 아니하였다거나 한의학의 독자적 영상진단방법론이, 그러한 것이 존재한다면, 성숙하지 아니하여 오진 위험이 높다는 점 또한 무면허의료행위와는 별 관계가 없다는 결론에 이른다. 오직 초음파 기기 자체의 침습성이 위험한지만이, 판례에 따를 때, 보건위생상 위험로 고려될 수 있다.

기 때문이다.

- 28) 대상판결의 다수의견도 대상판결의 다수의견은 “전체 의사 중 영상의학과 전문의를 제외할 경우에, 초음파 진단기기의 사용에 관한 전문성 또는 오진 가능성과 관련하여 그 사용으로 인한 숙련도와 무관하게 유독 한의사에 대해서만 이를 부정적으로 볼 만한 유의미한 통계적 근거를 찾을 수 없다”고 하여 이 점을 고려하고 있음을 드러낸다. 김한나·김계현(주 13), 112면은 “질환별 위험성에[sic!] 및 해당 치료가 실제로 검증된 것에 의한 것인 지 등에 대한 실질적인 검토 후 판단해야” 한다고 하나, 이러한 판단기준은 의사에게도 적용되지 아니하고 있다. 같은 점은 이동필(주 13), 116면의, 의사도 안과전문의가 아니면 거의 대부분 안압측정기 등을 사용한 진료를 하고 있지 아니하다는 설명과 관련하여서도 지적할 수 있다. 여기에서 비교·검토의 대상은 의사라면 안과전문의가 아니어도 안압측정기를 사용하여 진료할 수 있고 무면허의료행위는 되지 아니하는 것이다.
- 29) 이 점에서 종래 판례가 별 고민 없이 의사와 한의사의 직역구분과 관련하여 ‘보건위생상의 위해’나 ‘교육내용’을 언급하는 것은 다소 오도적(誤導的)이다. 보건위생상의 위해는 의료법 제27조제1항 전단의 무면허의료행위, 즉 ‘넓은 의미의’ 의료인과 비의료인 사이의 경계와 관련하여서는 중요한 기능을 하나, 일단 의료인의 범위에 들어온 이상 의사와 한의사의 경계설정에서는 그 정도로 중요한 기능을 하기 어렵고, 교육과정 또한 마찬가지이다. 한의대에서 서양의학을 교수한다 하여 그것이 한방 의료가 될 수는 없고, 그러한 해석은, 아무리 이 규정의 개념표지가 불확정적이라 하더라도, 해석의 한계를 벗어나기 때문이다.

이러한 관점에서 추상적 법리설시는 별론, 대법원과 헌법재판소의 구체적 사안 결정은 일관성이 있었다고 보인다. ① X-선 골밀도측정기를 이용한 성장판검사는 측정값이 아닌 (성장판의 성상을 보고 성장 가능성을 읽어내는) 그 진단 내지 판정의 원리가, ③ 필러시술행위와 ④ 광선조사기(IPL)를 사용한 잡티 제거는 그 기기의 시술 내지 치료 원리 자체가 이미 서양의학적 지식에 터잡고 있다. 반면 ② 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기를 사용한 시력, 안질환, 청력검사나 대상판결에서 문제된 초음파 기기 사용은 그 자체로는 일정한 물리법칙을 적용하여 공학적으로 측정값을 도출하는 것에 불과하다. (서양)의학적 원리의 적용은 그 값을, 필요하다면 다른 정보와 함께, 활용하여 일정한 진단을 해내는 단계에 개입한다. 현행법이 설정한 몇몇 조건에서 논리적으로 도출된 법원의 판단기준이 결국 이러한 것이라는 점은 이미 선행연구에서도 시사된 바 있다.³⁰⁾ 보다 일반적으로 의료기기의 사용 자체가 아니라 그것으로 어떠한 「의료행위」를 하였는가 하는 점이 법적 쟁점임도 일찍부터 지적되어온 바이다.³¹⁾ 일련의 재판례는 그 논리적 귀결로 거의 완전히, 그리고 일관되게 설명될 수 있다. 이러한 종래의 지적에도 불구하고 굳이 (판독을 포함하는) 「의료행위」가 아닌 특정 의료기기의 사용만으로 기소한 이유가 무엇인가 하는 점이 오히려 의문이다.

30) 대표적으로 이경민(주 10), 496면. 그리하여 같은 문헌은 한의사가 초음파로 골다공증을 진단하는 것은 무면허의료행위가 되지 아니할 수 있다는 결론에 이른다. 또한, 손용근, “한의사의 초음파골밀도 측정기 사용 허용 가능성에 대한 소고”, 법률신문 2017. 6. 2.자. 같은 글은 이미 국민건강보험공단 전국 각지사 건강측정실에서 의사의 상주 없이 헌법재판소 결정에서 문제된 것과 같은 모델의 기기를 민원인들이 (비전문가인 상담원들의 상담만 받고) 자가 검사하고 있었다는 사정도 소개하고 있다.

31) 가령 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 의료법학(제11권 2호), 2010, 57-58면; 이백휴·이평수·박윤형(주 10), 151면.

III. 대상판결 이후의 문제

1. 현행법상의 문제

가. 직역구분

대상판결은 원심판결을 파기하고 “사건을 다시 심리하도록” 원심법원에 환송하였다. 물론 대상판결의 다수의견이 단순히 추상적 법리를 정리하기 위해 서만 원심판결을 파기하였다고 할 수는 없다. 다수의견은 기본적으로 무죄 취지를 시사하고 있는 것이다. 구체적 사안에 관한 판단에서 굳이 공소사실도 아닌 “피고인은 공소외인의 자궁 부위에 관한 초음파 영상을 관찰하고, 환자에 대해 기체혈어형(氣滯血瘀型) 자궁 질환[석가(石痕) 내지 장담(腸覃)]으로 변증(辨證)하였”는바 “이는 환자에 대해 한의학적으로 진단한 경우에 해당하는”는 설시를 덧붙이고 있기 때문이다.

대상판결의 설시는 전체적으로 검사의 공소사실, 즉 무면허의료「행위」를 정면에서 포착하지 아니하고 특정 의료기기의 사용을 가지고 무면허의료행위라고 주장한 데 대한 답이고, 검사가 환송 후 원심에서 (가) 부분을 구체적으로 채워 넣는 공소장변경(형사소송법 제298조)을 하는 경우에는³²⁾ 법적 구속력을 가지지 아니한다. 위 인용부분도 같다. 일반적으로도 원칙적 기소방법인 무면허의료「행위」를 특정하여 기소한다면 대상판결이 제기한 문제는 해결될 수 있고, 그것이 한의학적 의료기기 활용 가능성을 열어두고 의료와 한방 의료에 같은 해석기준을 적용하면서 무면허의료행위를 규제하는 방법이기도 하다. 그러나 현실은, 특히 진단기기의 경우, 반드시 그러하지 아닐 수도 있다. 대상판결이 제시한 원칙적·추상적 접근을 구체적 사안과 관련하여 실현하는 데 있어서 고민하여야 할 지점이다.

32) 항소심은 물론 파기·환송 후 원심에서의 공소장변경도 원칙적으로 허용된다. 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도8153 판결. 공소장변경은 사건의 동일성을 전제하나, 위 (가) 부분을 보충하는 것은 사건이 단일·동일하다는 데 별 의문이 없다. 그러나 공소장변경 없이 단순히 주장·증명하는 것으로는 충분하지 아닐 가능성도 높다.

위 인용부분에 비출 때 피고인은 초음파 진단기기를 서양의학적인 방법으로 사용하지 아니하였다고 단순부인하는 데 그치지 아니하고 한의학적 영상진단을 하였다고 적극적으로 주장한 것으로 추측된다. 이 주장이 사실일 가능성을 선형적으로 배제할 수는 없다. 그러나 한의학 고유의 영상진단 확립정도와 한의대에서 영상의학 교육의 실질에 비출 때 사실은 (서양의학적) 영상의학의 지식에 기초하여 자궁내막증식증을 진단한 뒤 진료기록에만 한의학에서 그에 대응하는 용어로 기재하였을 뿐일 가능성이 훨씬 더 커 보인다. (서양의학의) 영상의학이 하루아침에 성립한 것이 아닌 만큼 훨씬 적은 자원을 가지고 비교적 짧은 기간 내 임상에서 활용할 정도의 한의 영상의학을 독자적으로 확립하기 어려웠을 가능성이 상당하고, 피고인이 그 구체적 내용·방법·논리를 주장한 바도 없어 보이기 때문이다.³³⁾ 만일 후자, 즉 (서양의학적인) 영상의학을 한의학적 용어로 번안한 데 가까운 진단행위였다면 이는 (서양의학에 기초한) 좁은 의미의 의료행위이므로 현행법상 무면허의료행위에 해당한다.

우려되는 바는 이 사건에서는 물론³⁴⁾ 일반적으로도 이러한 사실을 밝혀 기소하기가 쉽지 아니할 수 있다는 점이다. 이를 기소하려면 초음파 진단기기의 사용이 겉보기와 달리 한의학적 연구성과와 내적 논리가 아닌 (서양의학에 기초한) 영상의학에 근거한 것으로, 그 결과를 한의학적 용어로 번안한 것임을

33) 필자는 이 글을 작성하는 과정에서 '자궁내막증식증 한의원 초음파'로 검색하여 한 한의원 웹사이트에서 "여성한의학 강의록" 카테고리 아래 "자궁내막증식증의 초음파 소견"이라는 항목이 BJOG 논문 등 몇 개의 서양의학적 연구 결과와 몇 개의 ACOG 가이드라인을 인용하여 전적으로 서양의학적인 연구결과에 따라 내궁내막두께(ET)에 따른 진단기준을 설명하고 있는 것을 발견한 바 있다. 이곳에는 "한의학 강의록"임에도 한의학적 설명이나 문헌 인용이 전혀 없었다. 그 이외에도 다수의 한의원이 자궁내막증식증과 초음파 진단에 관한 설명을 하고 있었으나 진단에 관한 한 서양의학적 설명만을 볼 수 있었고 한의학적 설명이나 근거는 보지 못하였다. 한의학적 설명이 등장하는 곳은 그 치료방법에 관한 부분에서부터이다. 이 사건의 원심판결에도 이를 시사하는 기재가 있다. 다만 원심의 법적 논증은 오히려 앞서 본 광선조사기 사건(④)의 법리에 의거하고 있었다.

34) 이 사건의 경우 이미 공소가 제기되어 파기·환송심에 이르러 보강수사가 제한되어 있다. 피고인의 진단방법이 구체적으로 어떠한 것이었는지를 밝히는 데는 무엇보다도 수사기관의 피고인을 상대로 한 신문이 필요할 것이나, 공소제기 후 검사가 피고인을 수사기관에 소환하여 신문하는 것은 허용되지 아니하는 것이다. 대법원 2013. 8. 14. 선고 2012도13665 판결 참조.

‘합리적 의심 없이’ 증명해야 한다. 이는 당해 한의사의 내심의 사고과정 또는 한의학의 현 수준에 대한 전문적·학문적 분석을 요구한다. 그중 후자, 즉 한의학의 현 수준에 대한 전문적·학문적 분석은 의학 내지 의료계에서 수행하여야 가능한데, 실제로 그러한 작업이 이루어지고 있는지는 의문이다. 기계 사용 자체를 문제 삼는 것은 그러한 (내적 비판)작업이 이루어지지 아니하였다는 방증일지도 모른다. 그러한 상황에서 수사기관이 개별 사건을 처리하기 위하여 이를 수행하기는 상당히 어렵다. 비면허자가 의료행위를 한 경우와 달리 의료인 간의 직역갈등의 경우 무면허의료행위라 하더라도 매우 가볍게 처벌되는 것이 보통이다. 수사기관으로서 그 정도의 자원을 투입할 만한 사건으로 여길지도 의문이다. 특히 기본적으로 오감(五感)을 확장하는 장치로서 기계 작동 원리 자체가 아닌 그 관독 내지 해석 과정에 비로소 의학이 개입하는 진단용 의료기기를 한의사가 사용하는 경우 실제 무면허의료행위가 있을 때에도 제재가 어려워질 가능성이 있다.

이 문제는 일반적으로 한의학적 진단원리가 확립되어 있지 아니하고 수사기관의 적극적인 조사에도 불구하고 한의사가 구체적으로 어떻게 진단한 것인지 설명하지 못하는 경우, 개별 사안의 사정에 비추어, 일응 유사한 서양의학적 지식을 사용하였으리라고 추정하는 증거법적 접근을 도입함으로써 어느 정도 대응할 수 있다. 그러한 정도의 요구가 형사절차법의 대원칙인 무죄추정의 원칙과 증명도에 반한다고 여겨지지도 아니한다. 문제는 위 인용부분 설시가 환송 후 원심과 향후 사건에서 이러한 대응 가능성을 사실상 좁힐 가능성이 있다는 점이다. 다수의견은 파기의 실질적 정당성을 뒷받침하기 위하여 당해 사안이 실제로 그러하다는 점을 강조하려 한 것으로 보이나, 증명의 문제로 돌려 무죄추정의 원칙의 적용을 시사하거나 말 그대로 ‘좀 더 심리해볼 것’을 요구하는 신중함을 보였어야 했다. 아래 나.에서 언급할 사정에 비출 때 더욱 그러하다.

대상판결의 당해 사안에 대한 실시에는 다른 문제도 있다. 대상판결은 판례를 변경하면서 한의사의 초음파 진단기기의 사용이 당연히 무면허의료행위인지에 관하여 실시하였다. 그런데 이 법리를 전개하는 과정에서 보조적 사용이

라는 범주를 도입한다. 이 개념은 이른바 ‘새로운 판단기준’을 정립하는 추상적 법리 설치 부분에 처음 나온다. 그러나 그 맥락에서는 도구는 그것이 무엇이든 보조수단일 수밖에 없다는, 즉 진단과 치료 자체는 그 도구를 쓰는 의료인인 한다는 점에서 논리적으로 도출되는 기술적(記述的) 표현으로 읽힐 수 있었고, 그러한 한 별 문제가 없었다.³⁵⁾ 그러나 같은 표현이 한의사의 초음파 진단기기 사용이 무면허의료행위인지 여부에 나올 때에는 그 이상의 규범적(規範的) 의미, 즉 보조적으로만 쓰면 더 완화된 기준을 적용할 수 있다는 뜻인지가 다소 모호해진다.³⁶⁾ 그리고 당해 사안에 대한 판단에 이르면 복진(腹診)이 주된 진단수단이었다면서 ‘한의사인 피고인이 이 사건 초음파 진단기기를 한의학적인 진단의 보조수단으로 사용한 행위는’ 무면허의료행위가 아니라고 함으로써 자칫 서양의학적 판독기준을 적용하더라도 ‘보조수단’에 불과한 경우에는 무면허의료행위가 아닌 것처럼 읽힐 소지를 열어주었다. 이 부분 설치 또한 당해 사안에서 초음파 진단이 주요 부분은 아니었음을 강조하여 파기의 실질적 정당성을 뒷받침하려는 (아마도 무의식적이었을) 시도로 보이나, 오해의 소지가 크다. 이 부분에 어떤 실질적 의미를 부여하여서는 안 된다. 무면허의료행위 여부의 판단은 주된 부분인지 보조적 부분인지를 묻지 아니한다. 분업이 훨씬 진전된 (서양의학에 기초한) 진단검사의학이나 영상의학은, 검체검사결과나 영상판독결과만 가지고 최종 진단을 하는 것은 아니라는 의미에서, 그 자체가 진단의 보조이고, 그것만을 전업으로 하는 의료인 집단과 진료과가, 이미

35) 해당 부분은 다음과 같다: “한의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부는 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지, 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지 [...]”

36) 해당 부분은 다음과 같다: “초음파 진단기기가 발전해온 과학기술문화의 역사적 맥락과 특성 및 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 한방의료행위를 하면서 그 진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다.” 기기 사용이 보조적인지 여부를 위해와 관련시킴으로써 적게 사용하면 괜찮다는 인상을 줄 수 있게 되었다.

현행법상, 존재한다. 이들이 무면허의료행위 규정에 의하여 보호되는 서양의 학임을 부정할 수는 없다. 보조적이라 하더라도 그 부분이 ‘면허된 범위’를 벗어난다면 무면허의료행위라는 데 의문이 없다.³⁷⁾ ‘초음파 진단기기를 부가적으로 사용하였다 하더라도’ 그러한 점이 (무면허행위를) 한의학적 진단행위로 바꾸어주는 것은 아니라는 반대의견의 두 번째 반론은 타당한 것이다. 대상판결이 명시한 바와 같이 판례 변경의 범위는 의료기기 사용 자체가 무면허의료행위가 되는 조건이 무엇인지에 관한 ④ 광선조사기(IPL) 사건에 국한된다. 다수의견의 보조적 사용 관련 설시는 그 자체 엄밀한 의미에서 ‘판례’에 해당하지 아니한다. 다수의견도 그러한 취지이리라고 믿는다.

나. 부정경쟁의 방지와 의료 소비자 보호

대상판결이 그 추상적 범리 실시 자체의 원칙적 타당성에도 불구하고 문제적인 것은 실제로 자궁질환과 관련하여 한의원에서 초음파 진단기기를 사용하는 일이 제법 있고, 그 방식에 큰 문제가 있다고 의심되기 때문이다. 대상판결의 사안 자체가 이를 잘 보여준다.

대상판결의 사안은 단순한 무면허의료행위가 아니었다. 언론보도로 알려진 바로는 대상판결의 사안에서 공소외인은 한 대형병원에서 자궁내막증식증이라는 소견을 듣고 약 2년간 해당 한의원을 다닌 뒤 산부인과의원에서 초음파 진단 후 큰 병원으로 전원하여 자궁내막암 2기로 판명되었다. 한의사가 자궁내막암 2기를 진단하지 못하였다는 것이 무면허의료행위의 근거가 되거나 그 자체 한의사의 초음파 진단기기 사용이 국민 보건위생에 위해를 가한다는 주장의 근거가 되지 아니한다. 자궁내막증식증의 치료를 위하여 병·의원이 아닌 한의원을 택한 것은 공소외인이고, 한의원이 초음파 진단기기를 안 썼다고 자궁내막암 2기를 진단할 수 있었던 것도 아니기 때문이다. 그러나 다른 한편, 초음파 진단기기를 쓰지 아니한 채 2년간, 그것도 (약 2년 3개월 동안 68회 초

37) 이 점은 한의사가 아무리 서양의학의 영상진단에 관하여 충분한 자질을 갖춘다 하더라도 같다. 자격 내지 직역구분은 구체적 능력을 묻지 아니하기 때문이다.

음파 진단기기를 사용하였으므로 1회 진료 중 한 초음파 진단기기 사용을 1회로 셈하였다고 가정하면 월경주기를 빼고 거의 매주 초음파 진단기기 등을 사용한 follow-up 검사 없이 한의원에 방문하게 하기는 어려웠을 가능성이 있다. 초음파 촬영은 진단의 보조수단이라기보다는 오히려 환자를 붙잡아두기 위한 수단이었을지도 모른다.

이 점에서는 피고인은 질병을 설명할 때 공소외인이 이미 병원에서 듣고 온 ‘자궁내막증식증’이라는 용어를 이용하여 설명한 것도 문제 된다. 이는 환자에게 더 익숙한 용어로 변안한 것이(기도 하)고 그러한 한 이러한 용어사용은 허용되어야 하며 무면허의료행위와도 무관하다. 그러나 초음파 진단기기를 사용하여 방문할 때마다 초음파 촬영을 하고 주로 ‘자궁내막증식증’이라는 용어로 질병과 치료결과를 설명한다면 환자로서는 해당 한의원이 환자가 선호한 한의학적인 방법으로 치료하지만 그 치료 성과의 follow-up이 이루어지고 있고 그러한 follow-up은 서양의학적 초음파 진단에 의하여(도) 이루어지고 있다고(아마도 암묵적으로) 오인할 가능성이 상당하다. 나아가 자궁내소질환을 전문으로 다루는 다수의 한의원은 해당 부분 practice와 관련하여, 가령 웹페이지 등에서, 서양의학적인 해당 질환의 설명을 내건 다음 서양의학적 치료방법들이 자궁내막을 손상시킬 수 있는 반면 한의학적인 치료는 그러하지 아니하다고 주장한다. 한의학적인 치료에 관한 설명보다 자궁내막증식증에 관한 서양의학적 설명이 훨씬 길고 상세한 예가 여럿 있다. 웹페이지에 초음파 사진을 게시하고 ‘자궁내막증식증’에 관하여 또는 그 치료결과에 관하여 설명하거나 심지어 서양의학적 초음파 진단에 관한 전문적 설명을 게시한 예(주 33)도 보인다. 하나하나 다른 이유로도, 가령 서양의학적 진단명에 익숙한 환자의 이해를 돕기 위한 조치로, 이해할 수 있을지 모르나 이들을 모두 보편 전체상(全體像)은 충분히 오도적(誤導的)이다. 이를 본 ‘합리적(의료) 소비자’로서는 막연하게나마 한의원이 진단의 측면에서는 서양의학적 방법을 적용하여 follow-up하고 있다고 기대 내지 오인하기 쉽다. 한의원이 이러한 조치 없이 환자를 유인하고 장기간 다니게 하는 데는 어려움이 있으리라는 점을 고려하면 한의원에 그러한 오인을

유도할 목적이 전혀 없었다고 하기도 어려울 것이다.

이는 그 자체 무면허의료행위는 아니라 하더라도 무면허의료행위의 외관을 이용한 경쟁으로 넓은 의미의 부정경쟁행위이다. 더 문제는 실제 한의사의 초음파 영상진단이 서양의학적이든 한의학적이든, 적어도 현재로서는, 그리고 아마도 앞으로도 매우 긴 기간, 위와 같은 상황에서 의료 소비자가 기대하는 수준에 상당히 못 미치는 경우가 다수 있으리라는 점에 있다. (서양의학에 기초한) 의료에서 초음파는 자궁내막증식증이나 자궁내막암과 같은 자궁질환의 제1차적 진단검사에 속하고, 이는 상당한 영상진단의 임상경험을 요하며, 현실적으로는 이미 수련과정에서 그러한 임상경험과 훈련을 받고 관련 교육을 전문적으로 받은 산부인과전문의(또는 드물게 영상의학과전문의)에 의하여 이루어지고 있다. 대상판결의 사안에서도 한의사는 2년간 거의 매주 초음파 촬영을 하였음에도 불구하고 자궁내막암을 진단하지 못하였고, 공소외인은 산부인과위원을 방문한 뒤에야 이를 알 수 있었다. 공소외인에게 병원 또는 산부인과위원을 방문하게 하는 것이 적절한 태도였을 것이다.³⁸⁾ 적어도 자신이 충분한 전문성을 갖추지 아니한³⁹⁾ 초음파 진단을 직접 공소외인에게 보여주지 아니하였다면 공소외인 스스로 이른 시점에 병원 또는 산부인과위원을 방문하여 다시 진단을 받아보았을 가능성이 있었다. 전체적으로 한의사들이 대상판결의 사안에서와 같은 방식으로 영업하는 것이 널리 퍼진다면 정책적으로도 이에 대응하지 아니할 수 없다. 한의사가 서양의학적 방법을 적용하여 진단하는 것으로 오해하도록 유인하는 광고와 진료 행태는 부정경쟁행위이자 궁극적으로는 의료 소비자의 실질적 선택권을 침해하는 행위로서 억제되어야 한다. 한방 의료행위는 대부분 건강보험에 편입되어 있지 아니하므로 의료에서 처럼 요양급여기준을 통하여 통제할 수는 없다. 의료법상 광고 규제만으로는

38) 물론 의료계는 대체로 의사가 한의사의 치료를 위한 진단에 협조하는 데 긍정적이지 아니하고, 때문에 특히 개원가에서 현실적으로 이러한 협력이 반드시 쉽지만은 아니할 수 있다.

39) 한의사가 개별적으로 충분한 훈련을 거쳐 영상진단에 전문성을 갖추는 경우도 있을 수 있다. 그러나 한의사의 서양의학적 방법에 의한 영상진단은 무면허의료행위이고, 그러한 한 적절한 자격인증 등의 제도화가 불가능하므로, 그러한 전문성은 객관성과 최소한의 수준을 담보하기 어렵다.

이들을 문제를 해결하기에 충분하지 아니할 가능성이 있다. 제1차적으로는 보건정책의 문제이지만, 정책을 뒷받침할 적절한 수단이 없다면 이를 뒷받침할 법·제도 개선도 검토하여야 할 것이다.

2. 장래의 전망

직역구분의 엄격한 관철의 장래는, 이러한 증거법적 대응이 이루어진다 하더라도, 그다지 밝지 아니하다. 우선 당장은 아니라 하더라도 장기적으로는 한의학이 나름의 진단원리를 발전시켜 그 독자성을 주장할 가능성이 있는데, 이 때에는 그 진단원리가 부분적으로 서양의학적 지식을 참조한 것이라 하더라도 무면허의료행위가 되기 어렵고, 사실상 널리 중첩이 일어나게 된다.

이는 이미 몇몇 재판례에서 예고된 바이다. 가령 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015도20373 판결에서는 한의사가 턱관절 장애를 가진 환자의 입 안에 기능적 뇌척주요법(FCST)을 활용한 음양균형장치(CBA, OBA, TBA)를 넣어 턱관절 치료를 한 것이 무면허의료행위가 아니라고 한 원심을 유지하였다. 당해 사건에서는 이러한 턱관절 치료행위가 치과치료행위인 스플린트(SPLINT)를 활용한 턱관절 교정행위와 유사하다는 점이 문제 되었으나 이것이 ‘한의학에서 파생된 것이 아니라고 보기는 어렵다는 점에 부딪혔다.’⁴⁰⁾ 대법원 2011. 5. 13. 선고 2007두18710 판결에서는 의사가 IMS(근육자극에 의한 신경근성 통증 치료법 또는 근육 내 자극치료)에 해당한다고 주장한 시술행위가 한방 의료행위인 침술인지가 문제 되었다. 제1심법원은 침이 꽂혀 있던 부위와 그 방법에 비추어볼 때 IMS가 아닌 (당연히 한방 의료행위인) 침술을 한 것이라고 판단하여 유죄를 인정하였으나, 혹 전형적인 침술이 아닌 IMS를 하였다면 그것이 한방 의료행위인지 여부의 문제는 명시적으로 열어둠으로써 판단을 회피하였다.

40) 대법원은 별다른 이유 실시 없이 상고를 기각하였고, 위 실시는 원심인 대전지방법원 2015. 12. 16. 선고 2015노253 판결의 것이다. 물론 원심법원도 이것이 한방 의료행위라고 적극적으로 판단한 것은 아니고 무면허의료행위임이 합리적 의심 없이 증명되지 아니하였다고 판단한 것이었다.

원심법원은 “IMS 기술을 함에 있어서 침이 사용된다 하더라도 곧바로 IMS 기술이 한방 의료행위인 침술과 동일하다거나 그 초보적 단계에 불과하다고 할 수는 없다”고 하면서도 그러한 구분에 별 근거를 제시하지 아니하였다.⁴¹⁾ IMS는 말레이시아 화교 출신의 워싱턴 주립대학 통증 센터의 임상교수인 Chan Gunn이 개발한 것인데, 구체적 행위 태양과 그 배경을 이루는 이론 모두에서 적극적으로 의료와 한방 의료 중 어느 한쪽으로 명확히 분류하기 어렵다.

문제의 중심이 직역갈등인 이상, 특히 중첩현상이 커질수록, 구분의 실질적 정당성 자체가 의문의 대상이 될 소지가 크다. (서양의학에 기초한) 의료와 한방 의료의 구분은 법률로 인위적으로 설정한 제도적 구분에 불과하다. 이렇게 구분하는 예는 비교법적으로 매우 드물다.⁴²⁾ 당장 대상판결이 현행법상 한의사의 의료기기 사용의 한계임을 명시한 ‘관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있’는 경우부터 입법의 문제에 불과하다. 교육과정 등에 비추어 그 사용이 보건위생상 위해를 야기할 위험이 있는가 하는 점은 교육과정의 개편을 통하여 얼마든지 대응할 수 있다. 종래의 실무에 기초한 구분이 장래 의료의 발전 가능성을 저해하고 직역갈등의 수단이 될 뿐이라는 인식이 커질수록 무엇인가 법 개정이 이루어진다면 현재의 직역구분을 더 강화하는 방향이기는 그 반대방향일 가능성이 높다.⁴³⁾ 이미 확립된 의료행위를 배워

41) 김나경(주 10), 168면 이하도 제1심판결의 이러한 판단 및 논증의 회피와 원심판결의 논증의 부재를 지적한다.

42) 비교법적으로는 아예 의사의 치료독점을 인정하지 아니하고 의사가 아니면 「의사」라는 표시를 쓸 수 없게 하는 데 그치고 전통의료에 대하여도 같은 방식으로 별도의 자격을 인정하거나(독일), 의사의 치료독점을 인정하되 의료행위를 좁게 잡고 전통의료는 의료 밖의 별도의 자격 내지 인증으로 두거나(미국), 의사의 치료독점을 인정하되 전통의료도 단일한 면허에 포섭하는(일본, 중국) 것이 보통이다. 우선 한동운·황정혜, “유사(보완)의료에 대한 보건의료정책학적 고찰”, 의료법학(제11권 2호), 2010, 113면 이하; 선정원(주 22), 353면 이하.

43) 진단용 방사선 발생장치와 같이 그 이용주체가 제한된 기기라 하더라도 입법론적으로 한의사의 사용을 제한할 근거는 강하지 아니하다. 의사와 치과외사도 소정의 교육을 받아 안전책임자가 되는 것일 뿐 방사선 기기의 개발과 안전관리 자체가 서양「의학」이라거나 의사가 그러한 점에 고유한 전문성을 가진다고 할 수는 없는 것이다. 이미 지난 제20대 국회에 한의사의 초음파 진단기기 사용을 명문으로 허용하는 취지의 의료법 일부개정법률안(2017. 9. 6.자 의료법 일부개정법률안(김명연의원 대표발의, 의안번호 제9127호), 회기 만료로 폐기)이 제출된 바 있다. 이 안의 취지는 진단용 방사선 발생장치의 안전관리를

서 하는 것이 무면허의료행위가 될 수는 있으나 새로 발전하는 의료행위에 대하여 그 배타적 귀속을 주장하기는 어려워질 것이다. 그리하여 이미 확립된 영역을 넘으면 무면허의료행위이나 그 옆의 행위 또는 새로운 행위를 하는 것은 누가 해도 무면허의료행위가 아니라는 판단이 누적되다 보면 이러한 구별기준의 실질적 합리성이 의문시될 것이다. 결국 장기적으로는 직역구분의 법적 관철이 작동 가능한(workable) 규제인지에 대한 의문이 커질 수밖에 없다.⁴⁴⁾

법적·제도적으로 의료와 한방 의료에 “대등”한 지위를 부여하면서 직역구분을 유지하려는 시도는 결국 지속적인 중첩과 한방 의료의 경계 유월로 이어질 가능성이 크다. 문제는 규범적 목표와 관계없이 현실적으로 의료가 한방 의료를 필요로 하는 일은 거의 없는 반면 한방 의료는 의료를 필요로 하는 비대칭적 관계가 존재한다는 데 있다.⁴⁵⁾ 이는 1951년 직역구분과 한의대 설립 이래 70여 년이 경과하였음에도 해소되기는커녕 심화된 현실이고, 앞으로, 적어도

규정하는 의료법 제37조제2항을 개정하여 한방 의료행위의 경우에도 이 규정이 적용될 수 있음을 명확히 함으로써 간접적으로 이를 인정하는 것이었다. 치과의사의 보톡스 시술법을 사용한 눈가·미간 주름치료행위가 무면허의료행위인지 여부가 문제 된 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결도 참고할 수 있다. 다수의견이 치과의사의 행위가 무면허의료행위에 해당하지 아니한다는 결론에 이르게 한 사정 중에는 현실적으로 그러한 행위가 행해지고 이미 요양급여의 대상이 되어왔다는 점과 치대에서 관련 교육이 이루어지고 있다는 사실상태 등이, 그 위험이 특히 높지는 아니하다는 사정과 함께, 중요하였다. 치과의사가 프락셀레이저를 사용하여 미용 목적으로 안면피부 레이저 시술을 한 것이 무면허의료행위라고 한 대법원 2016. 8. 29. 선고 2013도7796 판결도 참조. 입법이든, 해석이든 중첩 가능성은 증가하고 엄격한 구분은 완화될 가능성이 높다.

44) 종래 (의료)법학에서 궁극적으로는 양자를 통합하여야 할 것이라는 언명이 자주 반복되어 왔던 것도 이러한 점을 감지하였기 때문이라고 보인다. 앞의 주 12, 13의 문헌도 입법론적으로 이러한 결론을 시사하고 있다.

45) 이 점에서 대상판결의 다수의견이 의사의 과실 유무를 인정하기 위한 요건과 그 판단 기준에 대한 법리는 한의사의 경우에도 동일하게 적용된다고 판시한 것은 다소 오도적(誤導的)이다. 그곳에 인용한 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012다117492 판결; 2017. 10. 26. 선고 2014도4570 판결에 나타난 바와 같이 한의사의 의무는 많은 경우에 의사에게 전의(轉醫)할 의무에 그치고, 그 역(逆)의 전의의무는 존재하지 아니하며, 한의사가 한의학적 방법으로 진단할 수 없는 사상에 대하여는, 의사라면 (그 교육과정 등에 비추어) 발견할 수 있었을 것이라 하더라도, 주의의무 위반이 잘 인정되지 아니하기 때문이다. 한의사의 주의의무가 (점차 서양의학적 지식이 투영되고 있기는 하나) 기본적으로 한의학적으로 규정되어 왔다는 점에 대하여는 김선혜, “한방의료와 의료과실(상)”, 법조(통권 제633호), 2009, “한방의료와 의료과실(하)”, 법조(통권 제634호), 2009, 특히 (하), 411면 이하의 종합검토 참조.

단기간 내에, 바뀔 것 같지도 아니하다. 그 결과 두 지역의 중첩과 경계 유일 과정에서 한방 의료의 과학화보다 오히려 부정경쟁행위와 의료 소비자 보호 문제가 두드러질 가능성이 있다. 무면허의료 문제는 아니라 하더라도 말이다. 이에 대하여는 제도 틀의 변화를 포함하는 대응이 검토되어야 한다. 흔히 논의되는 의료와 한방의료의 통합은, 적어도 이미 면허를 취득한 한의사가 대상판결에서와 같은 행위를 하는 경우에는, 의료 소비자 보호 문제는 해결하지 못한다. 현재의 교육 및 수련과정 등을 고려할 때 의료 소비자 보호 문제를 해결하는 한 방법은 한의사에게 이미 확립된 한방의료만 하게 하는 것인데, 이는 한의사를 의사와 대등하지 아니하게 취급함을⁴⁶⁾ 전제하므로 법개정을 요한다. 그러한 법개정은 1951년의 정치적 결단에 반할 뿐 아니라 그간의 운영경과(경로의존성; path dependency)를 고려하더라도 그다지 현실적이지 아니하다.

IV. 결론

대상판결의 사안에는 두 문제가 있었다. 하나는 한의학이 과학기술을 사용하고 첨단 장비를 쓰는 것이 그 자체 금지될 수는 없고, 이는 그것이 종래(서양 의학에 기초한) 의료기기를 한방 의료에 투입하는 것이라 하더라도 기기 자체가 서양의학에 기초한 의료행위를 포함한 경우가 아닌 한 같다는 점의 확인이고, 다른 하나는 당해 사안에서 피고인의 행위가 무면허의료행위인가 하는 점이었다. 대법원은 법령해석통일을 고유기능으로 하고, 형사사건에서 모든 법원의 판단은 검사의 공소사실을 기초로 그 범위에서 이루어질 수 있을 뿐이므로, 어느 모로 보아도 대법원의 제1과제는 전자(前者)였다. 특히 대법원의 두 소부(小部)에서 의료기기의 사용이 그 자체로 무면허의료행위가 될 수 있는가

46) 이 경우에도 의사는 한방의료에 해당하는 행위를 할 수 있고 무면허의료행위에는 해당하지 아니하게 된다. 한의사의 지위를 의사와 대등한 의료인으로 하지 아니하는 나라들은 대개 이렇게 한다. 이것이 입법사항인 이유이다.

하는가에 대하여 서로 다른 법리를 제시하였고, 그중 한의학에만 차별적 기준을 적용한, 불필요하게 과도한 법리가 당해 사건 원심판결의 기초를 이루고 있었으므로, 대법원은 이 문제를 대상판결에서 정리하지 아니하면 안 되었다. 그에 대한 대법원의 판시는 논리적으로 충분히 납득할 수 있고 선례와도 일관성이 있다. 그러나 검사의 공소사실이 어떠하였든, 기록에 나타난 증거관계가 어떠하였든, 당해 사안에서 피고인의 행위, 적어도 그와 비슷한 다수의 자궁질환 관련 한의사의 초음파 사용례에 광범위한 무면허의료행위가 있을 가능성이 있었다. 이 문제를 해결하는 것은 대법원의 권한 밖일 수 있으나, 사안의 중요성을 고려할 때 대법원은 대상판결의 추상적 법리 설시가 개별 사안에서 노골적인 무면허의료행위까지 허용하는 취지는 아니고, 당해 사안에서도, 가능하다면, 그러한 점을 더 살펴보아야 함을 경고하여 구체적 사안에서 법 집행을 오도(誤導)하거나 결론적으로 부적절한 선례를 남길 위험을 줄일 수 있었고, 그러한 신중함을 발휘하는 것이 최고법원으로서 대법원의 격(格)에 맞는 일이었다. 반대의견은 다수의견을 설득할 만큼 문제를 정확히 제기하고 논증하지 못하였으나 다수의견 또한 논쟁대상이 된 추상적 법리에만 집중한 채 당해 사안의 향후 진행이 낱을지 모르는 구체적·현실적 문제를 배려하지 못한 채 오히려 이를 조장할 위험이 있는 부주의한 설시를 남겼다. 대상판결이, 특히 당해 사건과 관련하여, 그와 같이 해석되어서는 안 된다. 이 부분을 다시 명확히 할 기회가 있다면 좋을 것이다.

다른 한편 이러한 사례에서 문제의 본질이 직역구분과 직역갈등, 무면허의료행위에 있는지는 의문이다. 당해 사안의 행위는, 그 불행한 결과에 비추어도 알 수 있는 바와 같이, 무면허의료행위가 아니었다 하더라도 여전히 시장에서 횡행되어서는 안 될 행위였던 것이다. 무면허의료행위의 금지 하나에 의지하여 앞으로 생길지 모르는 문제를 다 막을 수는 없다. 현행법의 직역구분의 틀 안에서도 부정경쟁행위의 금지와 의료 소비자 보호를 위한 추가적 조치가 필요하다. 이를 면허제도 자체에서 해결하려면 새로운 정치적 타협 내지 결단이 필요하다. 그러한 정치적 타협 내지 결단이 국회에서 관철될 수 있을지는 의문

스럽다. 만일 면허제도의 변경에 의하여 문제가 해결되지 못한다면 부정경쟁 행위의 방지와 의료 소비자의 실질적 선택권 보장을 위한 별도의 조치도 검토할 필요가 있을 것이다.

[참고 문헌]

- 김기영, “의료기술의 발달과 한의사의 의료기기사용에 대한 법적 한계-뇌파계를 파킨슨병 및 치매 진단 등에 사용한 행위”, 『의생명과학과법』 제20권, 2018.
- 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』 제13권 1호, 2010.
- 김선혜, “한방의료와 의료과실(상)”, 『법조』 통권 제633호, 2009.
- _____, “한방의료와 의료과실(하)”, 『법조』 통권 제634호, 2009.
- 김한나·김계현, “의사·한의사의 업무구분과 의료기기 활용에 관한 검토”, 『아주 법학』 제12권 2호, 2018.
- _____, “의사·한의사의 업무범위에 관한 검토: 한의사의 의료기기 사용에 관한 문제를 중심으로”, 『한국의료법학회지』 제24권 1호, 2016.
- 노태현, “의료행위에 관한 용어정리 및 판례분석”, 『의료법학』 제11권 2호, 2010.
- 박덕봉·명순구, “현대 의료기기의 사용과 한의사의 면허 범위-서울행정법원 2016. 6. 23. 선고 2015구합68789에 대한 평가-”, 『고려법학』 제83호, 2016.
- 범경철, “의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰”, 『의생명과학과법』 제2권, 2009.
- 선정원, “의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계”, 『행정법연구』 제26호, 2010.
- 손용근, “한의사의 초음파골밀도 측정기 사용 허용 가능성에 대한 소고”, 『법률신문』 2017. 6. 2.자.
- 이경민, “‘면허된 것 이외의 의료행위’ 해당 여부에 관한 판단 기준의 정립 방향-한의사의 의료기기 등 사용을 중심으로-”, 『사법』 제57호, 2021.
- 이동진, “판례변경의 소급효”, 『민사판례연구』 제36호, 2014.
- 이동필, “한의사의 안과 의료기기 사용 허용 관련 헌법재판소 판결에 대한 비판적 검토”, 『의료정책포럼』 제13권 1호, 2015.
- 이백휴·이평수·박윤형, “의사와 한의사의 의료기기 상호 활용 가능성과 한계

소위 IMS 시술 관련 판결을 중심으로”, 『한국의료법학회지』 제19권 2호, 2011.

장연화·백경희, “무면허의료행위와 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 고찰”, 『형사법의 신동향』 제53호, 2016.

한동운·황정혜, “유사(보완)의료에 대한 보건의료정책학적 고찰”, 『의료법학』 제11권 2호, 2010.

[국문초록]

한의사의 초음파 진단기기 사용은 무면허의료행위인가?

- 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결 -

이동진 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결은 한의사가 진단용 초음파 기기를 사용하여 자궁내막증식증을 진단한 것이 무면허의료행위가 아니라고 판단하였다. 이 판결은 서양의학에 속하는 영상의학적 방법을 사용한 특정 의료행위가 무면허의료행위가 아니라고 판단한 것이 아니라 진단용 초음파기기 사용만으로 서양의학에 속하는 영상의학적 진단행위가 있었다고 단정할 수 없고 그러한 사정은 검사가 구체적으로 특정하여 기소하고 증명하여야 함을 분명히 하는 취지라고 할 수 있고, 그러한 한 타당하다. 한의학계에서 주장해온 바와 같이 특정 기기 사용 자체를 금지하는 규정은 없는 것이다. 그러나 당해 사안에서 실제로 서양의학에 속하는 영상의학적 진단방법을 사용하였을 가능성이 상당하고 그러한 경우 무면허의료행위임 또한 분명하다. 지금까지 의료와 한방의료의 경계획정이 문제된 사안 중 상당수가 시험적 성격을 띤 반면, 위 사건의 의료행위는 다수의 한의원에서 널리 행해지고 있다고 의심된다는 점에서 일정한 대응이 필요하다. 나아가 실제로 서양의학에 속하는 영상의학적 진단방법을 쓴 것이 아니라 하더라도 여전히 문제가 있다. 다수의 한의원이 전체적으로 진단에 관한 한 서양의학에 속하는 영상진단을 하는 것처럼 오인하기 쉽게 하고 있는바, 이는 부정경쟁행위이자 의료 소비자의 실질적 선택권을 침해하는 행위이기 때문이다. 현행법상 무면허의료행위만으로 이 문제에 대응하는 데는 한계가 있을 뿐 아니라 장차 무면허의료행위 규율을 개선하는 방법으로 대응하는 것도 쉽지 아니하다. 별도의 규율장치를 도입할 필요가 있다.

주제어: 한의사, 한방의료, 초음파, 의료기기, 무면허의료행위

The Use of Diagnostic Ultrasound Device by Oriental Medical Doctors

Lee, Dongjin

Professor, Seoul National University School of Law

=ABSTRACT=

The Supreme Court en banc decision on December 12, 2022 (docket number 2016Do21314) ruled that the diagnosis of endometrial hyperplasia by an oriental medical doctor using a diagnostic ultrasound device was not an unlicensed medical practice for an oriental medical doctor, which shall be scrutinized by the article 27 (1) of the Korean Medical Service Act. This ruling did not determine that a specific medical practice, especially diagnosis, based on the radiology, which is a part of western medicine, was not an unlicensed medical practice for an oriental medical doctor. Rather, it intended to clarify that the prosecutor should specify and prove the way of diagnosis and he should not prosecute mere the use of a diagnostic ultrasound device itself. To that extent, the ruling is agreeable because, as the oriental medicine community has argued, there is no regulation prohibiting the use of certain devices.

It is probable, however, that the way of diagnosis established in radiology, which is a part of western medicine, was actually used in the case. In that case, there is undeniably an unlicensed medical practice for an oriental medical doctor. While many of the cases where the demarcation between (western) medicine and oriental medicine have been problematized thus far have been experimental treatment in nature, the above practice of using ultrasound appears to be frequently done in many oriental clinics, and so it is necessary to cope with the possibility of a disguised unlicensed medical practice.

Another problem is the prevention of unfair practice or the protection of medical consumers. In fact, many oriental medical clinics' practice appear to have a tendency of inducing medical consumers' misunderstanding that a diagnosis

based on radiology, which is a part of western medicine, were provided. It is hard to respond to this problem with demarcation between (western) medicine and oriental medicine. A new regulation against unfair practice might be necessary to implement.

Keyword : Oriental medical doctor, Oriental medicine, Diagnostic ultrasound device, Medical device, Unlicensed medical practice