대한의료법학회
『의료법학』 제24권 제1호
https://doi.org/10.29291/kslm.2022.24.1.131

한의사의 면허외 행위 판단의 새로운 기준
-대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결을 중심으로-

최 혁 용*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 대상 판결
1. 사실관계
2. 원심(서울중앙지방법원 2016. 12. 6. 선고 2016노817 판결)의 판단
3. 대법원(대상판결)의 판단
Ⅲ. 새로운 판단기준의 구체적 검토
1. 관련 법령에 대한 판단기준의 차이
2. 보건위생상 위해 우려에 대한 판단기준의 차이
3. 한의학적 원리에 대한 판단기준의 차이
Ⅳ. 고찰
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

보건의료는 일반적 재화와 구별되는 경제학적 특성이 있다. 정보 비대칭에 기인하는 소비자 무지와 이를 극복하기 위한 수단인 면허제도가 그것이다. 의료법이 규정한 의료인 양성과 자격 수여 및 무면허 의료행위의 금지는 이러한 보건의료의 특징에 기반한 것이다. 그런데 면허를 통한 진입장벽은 공급독점을 야기하고 이는 필연적으로 후생손실로 이어진다. 소비자를 위한 제도가 오

* 논문접수: 2023. 3. 6. * 심사개시: 2023. 3. 9. * 게재확정: 2023. 3. 24.
* 법무법인 태평양 파트너 변호사.

히려 소비자의 이익을 침해한다. 결국 안전성 확보와 후생손실의 최소화라는 두 가지 가치의 형량 속에서 적정 개입의 정도가 결정되어야 한다.

종래에는 무면허 의료행위를 엄격하게 규제하는 것이 일반적이었다. "의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려는 추상적 위험으로도 충분하므로, 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 아니하였다고 해서 보건위생상의 위해가 없다고 할 수는 없다"[1]고 보았다. 그러나 의료인의 독점권 보호는 의료법의 목적이 아니다. 면허제도는 국민의 건강 보호와 증진을 위해 존재한다.[2] 엄격한 규제 일변도의 일반적 경향 속에서도 위해성의 판단 기준 완화[3], 명확성의 원칙과 죄형법정주의의 엄격한 적용[4], 면허범위의 중첩성 인정[5], 의료행위의 가변성 인정 및 시대적 상황에 맞는 합리적 법 해석의 강조[6] 등 후생손실을 최소화하고 국민의 이익을 보장하기 위한 노력 또한 이어져 왔다. 특히 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결(이하 대상 판결)은 의료인의 면허외 행위의 판단기준과 관련하여 새로운 방향성을 제시하였다. 본 논문에서는 대상 판결에서 제시된 새로운 판단기준을 구체적으로 분석하고 새로운 판단기준의 의의와 이원적 의료체계에 미칠 영향을 검토하고자 한다.

II. 대상 판결

1. 사실관계

본 사안은 한의사인 피고인이 환자 진단 목적으로 초음파 진단기기를 사용

---

1) 대법원 2018. 6. 19. 선고 2017도19422 판결 등.
2) 의료법 제1조(목적) 이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.
3) 헌법재판소 2013.12.26. 선고, 2012헌마551 결정, 서울고등법원 2016. 8. 19 선고 2013누50878 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015도20373 판결 등.
4) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015도20373 판결.
5) 대법원 2016. 8. 29. 선고, 2013도7796 판결, 대법원 2016. 8. 29. 선고, 2013도7796 판결.
6) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

함으로써 "면허된 것 이외의 의료행위"를 하였다고 하여 의료법을 위반한 사실이 문제가 된 것이다.

2. 원심(서울중앙지방법원 2016. 12. 6. 선고 2016노817 판결)의 판단

법원은 우선 우리 의료법이 이원적 의료체계를 규정한 이유는 서양의학과 한의학의 독자적 발전을 도모하기 위함이므로 각자의 교육, 전문지식, 기술은 뚜렷이 구별되며, 이 범위를 벗어난 의료행위를 할 경우에는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생에 위험이 발생할 수 있다고 보았다. 이러한 전제는 "한의사가 초음파 진단기등 현대적 영상 의료기기를 사용할 경우 영상기기가 구현하는 영상의 판독 등에 비중을 둘 수밖에 없게 되고 이는 결국 한의학 고유의 진단방법을 계승, 발전시켜 나가기 어렵게 만든다"는 우려로 이어진다.

과학적으로 응용·개발한 한방의료행위를 포함하도록 한 한의약 육성법[7]의 개정 취지 또한 "한의학의 이론 및 한방의료행위를 기본 토대로 하여 거기에 서양과학적인 원리를 접목해서 검사·진단 등에 필요한 의료기기 등을 개발하는 것을 장려하는 것으로 보일 뿐, 전통적인 한의학의 이론이나 원리에 기초하지 않은 의료기기 등의 사용까지도 허용하는 것으로 확대하여 해석할 수는 없다"고 보았다. 이러한 논리에 기초하여 법원은 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3. 대법원(대상판결)의 판단

본 대상판결은 우선 의료법이 "의료인을 의사·한의사 등 종별로 엄격히 구분하고 각각의 면허가 일정한 한계를 가짐을 전제로 면허된 것 이외의 의료행위를 금지·처벌하는 것을 기본적 체계로 하고 있으나, 각각의 업무영역이 어

---

7) 한의약육성법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "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.

떤 것이고 그 면허의 범위 안에 포함되는 의료행위가 구체적으로 어디까지인지에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하다"고 지적하였다. 그리고 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 감안하여 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 종전 판단기준을 파기하고 새로운 판단기준을 제시하였다.

대법원이 새로운 판단기준을 제시하게 된 첫 번째 근거는 한의사의 한방의료행위와 양의사의 양방의료행위가 전통적 관념이나 문언적 의미만으로 명확히 구분될 수 없다는 데 있다. 의료행위의 개념은 의료기술의 발전과 시대 상황의 변화, 의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요에 따라 달라질 수 있는 가변적인 것이기도 하고, 의약품과 의료기술 등의 변화·발전 양상을 반영하여 전통적인 한방의료의 영역을 넘어서 한의사에게 허용되는 의료행위의 영역이 생겨날 수도 있다는 것이다.

두 번째 근거는 의료법의 목적 조항에서 찾았다. 의료법은 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적(제1조)으로 하는데, 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지에 관한 판단도 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 중점을 두고, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료소비자의 선택 가능성을 합리적인 범위에서 열어두는 방향으로 관련 법령을 해석하는 것이 바람직하다는 것이다.

세 번째로 대법원은 명확성의 원칙과 죄형법정주의에서 근거를 찾았다. 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'는 결국 형사처벌 대상이라는 점에서 죄형법정주의 원칙이 적용되므로 그 의미와 적용 범위가 수범자인 한의사의 입장에서 명확하여야 하고, 엄격하게 해석되어야 한다는 것이다.

이상을 근거로 하여 대법원은 "한의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 '면

허된 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, 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"고 설시하고 이를 '새로운 판단기준'이라고 명명하였다. 그리고 이는 '종전 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."고 하여 이번 판례변경이 단지 사회적 인식 변화의 수용에서 그친 것이 아니라 종전 판단기준에 대한 반성적 고려가 있었음을 드러내었다.

대법원은 새로운 판단기준에 따르면, "① 한의사의 초음파 진단기기의 사용을 금지하는 취지의 규정이 존재하지 않고, ② 현대 과학기술 발전의 산물인 초음파 진단기기의 특성과 그 사용에 필요한 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어려우며, ③ 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 또는 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백히 증명되었다고 보기 어렵다"는 이유로 한의사의 초음파 진단기기 사용은 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하지 않는다고 보았다.

이에 대하여, 반대의견은 우선 양방·한방 이원화 원칙이 1951년 제정 국민의료법부터 현행 의료법에 이르기까지 일관되어 있는 확고한 원칙이고, 의료행위와 한방의료행위 또한 명확하게 구분된다고 전제하였다. 양의학과 한의

학은 그 학문적 원리가 전혀 다르므로 자신이 훈련받지 않은 분야의 의료행위를 무면허 의료행위로 보아 일률적, 전면적으로 금지하는 것이 국민의 보건에 관한 국가의 보호 의무를 이행하기 위한 적합한 조치에 해당한다고 보았다. 즉 반대의견은 이 사건을 단순히 한의사에게 초음파 진단기기 사용을 허용할지 여부를 판단하는 것으로 판단하지 않았다. 양의학과 한의학을 준별하는 이원화된 현행 의료체계를 유지할 것인지, 아니면 양의학과 한의학의 경계를 허물고 일정 부분 중첩되는 영역을 인정할 것인지를 결정하는 중대한 문제로 인식했다. 따라서 제도적·입법적 정비가 선행되기 전에 법원이 판결로 현행 체계를 뒤흔들어서는 안된다고 보았다.

반대의견은 위해성에 대한 시각도 다수의견과 달리 하였다. 진단기기의 사용행위 자체가 인체에 대해 침습적이지 않다는 점은 비의료인의 무면허 의료행위 여부를 판단하는 경우 중요한 기준이 될 수는 있을 것이나 한의사의 무면허 의료행위에서는 본질적인 기준이라고 볼 수 없고, 한의사가 양의학적 진단행위를 함으로써 오진(誤診)으로 적절한 치료를 제공하지 못하는 것이 보건위생상 위해라는 것이다.

III. 새로운 판단기준의 구체적 검토

대법원에서는 한의사의 진단용 의료기기 사용에 대해 "새로운 판단기준"을 제시하면서 "종전 판단기준"과의 차이를 명확히 하고 있다. 본 장에서는 새로운 판단기준을 구체적으로 분석해보고자 한다.

종전 판단기준[8]은 ① 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지, ② 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지, ③ 해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지, ④ 해

8) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결.

당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 등을 내용으로 했다.

이에 대해 대상판결은 종전 판단기준을 폐기하고 ① 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지, ② 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, ③ 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 새로운 판단기준으로 제시하였다.

종전 판단기준과 새로운 판단기준에서 가장 먼저 눈에 띄는 것은 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지 여부가 아예 제외되었다는 점이다. 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결에서도, "의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초하지 아니하였다는 사정만으로 한의사가 해당 의료기기 등을 진료에 사용한 것이 그 면허된 것 이외의 의료행위를 한 것이라고 단정할 것은 아니"라고 설시한 바 있다. 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등 현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기(헌법재판소 2013.12.26. 선고, 2012헌마551), 뇌파계(서울고등법원 2016. 8. 19 선고 2013누50878), CBA, OBA, TBA(대법원 2018. 11. 29. 선고 2015도20373 판결) 등은 모두 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리와 무관함에도 불구하고 법원에서 한의사의 면허외 행위가 아니라는 판단을 받았다. 이러한 판례들을 통해 사실상 의료기기의 개발·제작 원리를 따지는 기준은 사문화되었고, 이에 따라 대법원이 새로운 판단기준을 정립하면서 이를 명시적으로 기준에서 제외한 것으로 보인다.

나머지 세 가지 기준은 동일한 분야에 대해 판단의 범위를 달리하였다. 이를 표로 정리해 보면 아래와 같다.

<표 3-1> 세부 기준별 판단의 범위

	종전 판단기준	새로운 판단기준
관련 법령	한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지	한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지
보건 위생상 위해 우려	해당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지	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
한의학적 원리	해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 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

1. 관련 법령에 대한 판단기준의 차이

먼저 관련 법령에 대한 종전 판단기준과 새로운 판단기준의 차이에 대해 살펴본다. 종전에는 한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지를 기준으로 삼아 해당 의료기기뿐 아니라 유사한 의료기기의 금지 규정도 준용할 수 있었다. 또한 직접 금지하는 규정이 없더라도 법문언의 취지에 비추어 해당 의료기기 금지를 유추할 여지도 있었다. 그런데 새로운 판단기준에서는 '등', '취지'라는 단어가 삭제되었다.

이번 초음파 진단기기의 사용 관련해서는 종전 판단기준에 의하더라도 법령상 금지 규정을 찾을 수 없으므로 관련 법령을 대상으로 한 종전 판단기준과 새로운 판단기준의 실질적 차이를 파악하기에는 어려우나 적어도 두 가지 측면에서 새로운 판단기준이 추구하는 변화상을 예측할 수 있다.

첫째, 새로운 판단기준은 보다 엄격한 잣대로 진단용 의료기기 사용과 관련한 한의사의 면허외 행위를 해석해야 한다는 대법원의 의지를 드러내었다. 다른 법령을 유추하거나 다른 의료기기를 준용하는 식으로 금지의 범위를 넓히는 것은 허용할 수 없다는 의미이다.

둘째, 예컨대 한의사의 엑스레이 사용과 관련하여 실질적인 판단의 차이를 예상해 볼 수 있다.

대법원은 주당 최대 동작부하가 10mA/분 이하의 것으로 안전관리책임자 선임 의무가 없는 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도 측정기(이른바 '저선량 엑스레이')를 사용한 한의사의 성장판 검사행위에 대해 진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙'에 정한 각종 의무가 면제된다고 하더라도, 이를 근거로 한의사가 저선량 엑스레이를 사용할 수는 없다고 보아 면허외 행위로 판단하였다(대법원 2011. 5. 26., 선고, 2009도6980 판결). 이 판결이 한의사의 저선량 엑스레이 사용을 위법으로 판단한 법령상 근거는 보건복지부령인 '진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙' 이었다. 이 시행규칙은 엑스레이 사용권을 규정한 내용이 아니라 안전관리책임자 선임에 관한 규정이고, 저선량 엑스레이는 안전관리책임자 선임 의무가 없는 의료기기이다. 그러나 대법원은 우선 이 규칙을 엑스레이의 사용을 금지하는 '취지'로 해석했다. 다음으로 이 규칙에는 저선량 엑스레이가 규정되어 있지 않으나 해당 의료기기 '등'에는 해당된다고 보았다.

그런데 새로운 판단기준에 따르면 한의사의 해당 의료기기 사용을 "직접" 금지하는 규정이 있어야 한다. 안전관리책임자 선임 규정을 해당 의료기기 사용권을 규정한 취지로 해석하는 것, 해당 규정의 범위 밖에 있는 저선량 엑스레이 등에도 사용 금지의 취지를 확대하는 것은 새로운 판단기준에 부합하지 않는다. 사실 이 판결은 주당 최대 동작부하가 10mA/분 이하인 저선량 엑스레이가 가진 일반적 위해성이 의료행위에 통상적으로 수반되는 정도를 넘어서는지, 골밀도 측정기의 주요 특징인 검사결과의 수치화된 출력과 자동 판독 기능의 위해성을 어떻게 평가할 것인지 등의 문제도 검토되어야 하나 적어도 관련 법령이라는 영역에서도 새로운 판단기준에 의하면 실질적 판단의 결과가 달라질 수 있음을 시사한다.

2. 보건위생상 위해 우려에 대한 판단기준의 차이

종전 판단기준은 한의사에게 서양의학에 관한 전문지식과 기술이 부족하다는 것을 전제하였다. 서양의학이 필요한 의료기기를 한의사가 사용하는 것 자체로 이미 보건위생상 위해 우려가 발생하는 것이다. 종전 판단기준의 특징을 세 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 종전 판단기준은 이원화 체계 하에서 각자의 영역 침범을 곧 위해의 발생이라고 보았다.

둘째, 종전 판단기준은 의료기기의 위해를 사용의 위험성과 환자에 대하여 미치는 위험성으로 나누고[9] 기기 자체의 위험성이 크지 않더라도 한의사에 의한 서양의학적 지식과 기술의 사용 자체로 오진 등 환자에 대하여 미치는 위험성이 발생한다고 보았다.

셋째, 종전 판단기준은 보건위생상 위해가 생길 우려는 추상적 위험만으로도 충분하다고 보았다.

이 세 요소가 새로운 판단기준에서는 모두 바뀌었다.

우선 새로운 판단기준 하에서는 해당 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 갖추었는지 여부에 따라 위해 발생의 우려를 본다. 한의사는 서양의학을 활용할 수 없다는 포괄적 전제에서 벗어나 해당 기기를 실제로 활용할 수 있는 전문성이 담보되었는지 여부를 개별적, 구체적으로 살피겠다는 태도이다. 종래 이원적 체계를 규범적으로 해석하던 태도의 완화로서, 한방의료행위와 양방의료행위 사이에 중첩적, 혼합적 영역이 있음을 인정하고 서양의학적 원리에 기반한 의료기기라 하더라도 한의사의 사용 가능성을 열었다고 평가된다.

또한, 새로운 판단기준 하에서는 서양의학적 원리에 기반한 의료기기라면 기기 자체의 위험성이 낮더라도 사용상의 위험성이 발생할 수 있다고 보았던

9) 장연화·백경희, "무면허의료행위와 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 고찰", 형사법의 신동향(제53호), 인하대학교, 2016, 286면.

종전의 기준을 배척하고 해당 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 갖추었는지 여부에 따라 위해 발생 가능성을 개별적, 구체적으로 판단한다.

마지막으로, 의료행위에 통상적으로 수반되는 위해 수준 이상의 위해를 우려의 기준으로 정하였다. 의료행위를 형법상 '상해'로 볼 수 있는지와 관련해서는 학계의 의견이 일치되어 있지 않으나[10] 의료행위가 침습적 속성을 가지고 있다는 점은 의심의 여지가 없다. 종전 판단기준에서는 위해가 생길 우려가 없는지 여부를 보았다. 그런데 의료행위 자체가 일정 수준의 위해성을 내포한다면 이 기준은 사실상 거의 모든 의료행위를 금지한다는 의미다. 새로운 기준은 의료행위에 통상 수반되는 위해를 넘어서야만 한의사의 의료기기 사용에 위해 우려가 발생한다고 보았다. 이처럼 위해의 발생을 전제하고, 위해의 정도에 따라 판단 기준을 달리한다는 것은 종전처럼 추상적 위험만으로 곧바로 면허외 행위라고 간주하는 것이 아니라 구체적 위험이 발생하였는지를 살펴서 면허외 행위 여부를 판단하겠다는 태도이다.

이처럼 종전 판례는 이원적 의료체계 하에서 한의사와 양의사의 역할을 구분한 다음 한의사가 양의사의 영역을 침범하면 그 자체로 보건위생상 위해 우려가 발생한다고 보았다. 각각의 학문이 전문성과 독자성을 가지고 발전할 수 있도록 하려는 취지이나 학문의 융복합에 따른 업무영역의 중첩성을 해결하기 어렵고 새로운 기술의 도입에 따른 시대의 변화를 따라가지 못한다는 문제가 생긴다. 새로운 판단기준에서는 기기 자체에 내포된 위험성과 의료행위에 통상 수반되는 수준 이상의 특별한 위해의 발생이 있어야만 면허외 행위로 보아 종전 기준이 가진 한계를 극복하고 있다.

대상판결은 위해 우려에 대한 새로운 판단기준을 적용하여 "초음파 진단기기가 발전해온 과학기술문화의 역사적 맥락과 특성 및 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 한방의료행위를 하면서 그

10) 임상규, "의료행위의 정당화와 면책가능성", 법학논고(제64권 64호), 경북대학교 법학연구원, 2019, 128면.

진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다."고 판단하였다.

근거로는 우선 기기 자체의 안전성을 들었다. 인체 내 초음파 투입에 의해 인체가 손상을 입을 가능성이 없으므로 임산부나 태아를 상대로도 안전하게 사용되고 있다는 것이다. 의료기기 자체를 사용하는 과정에서 발생하는 위험성이 낮다는 이유만으로 위해 발생의 우려가 없다고 하기는 어렵다. 환자에 대하여 미치는 위험성을 검토해야 하기 때문이다. 여기에는 초음파 교육과 한의사 국가시험 출제, 초음파 진단기기의 성능 향상 등이 근거로 제시되었다. 대법원은 "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 설시하여 한의사의 경우에만 일률적으로 초음파 진단기기 사용을 무면허 의료행위로 취급하는 것은 합리적 근거가 없다고 보았다. 여기에 한의사가 한방의료행위를 하는 과정에서 일정한 범위 내에서 서양의학의 관점 및 지식까지도 갖추었음을 전제로 설명의무나 전원조치의무가 부과되므로 한의사가 이러한 주의의무를 다하기 위해서라도 초음파 진단기기를 사용할 필요성이 인정된다고 판단하였다.

3. 한의학적 원리에 대한 판단기준의 차이

종전의 판단기준은 우리나라 의료법이 한의사와 양의사의 업무영역과 면허범위를 구별하는 이원적인 체계를 취하고 있다고 전제하였다. 의료법이 의사에게 의료를, 한의사에게 한방의료를 임무로 정한 것은 양방의료와 한방의료를 준별하고 각각의 고유한 담당 영역을 전담케 하여 이를 활성화하고 독립적으로 발전시키라는 입법적 결단이라는 것이다. 이러한 입장에서 보자면 면허범위를 판단하는 규범적 기준은 의료법에 내재되어 있고 양의사의 양방의료행위와 한의사의 한방의료행위는 명확히 구분되며 그 안에서 면허 범위의 한계

가 설정된다. 그러나 이러한 전제는 의료행위의 개념과 범위가 "의학의 발달과 사회의 발전, 의료서비스 수요자의 인식과 요구에 수반하여" 끊임없이 변하고 있는 현실에 부합하지 않는다. 의료영역 자체가 지니는 가변성, 불명확성, 확장지향성, 신의료기술과 기기의 개발, 현대의학의 전문화와 탈전문화 현상, 의료영역에서의 협업 및 통합에 대한 요구 등은 특정 의료영역의 배타적 지배성을 약화시킴과 동시에 중간적, 혼합적, 중첩적 의료영역의 확장을 촉진시킨다.[11] 치과의사 미간 눈가 주름 보톡스 시술 판결(대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결), 치과의사 안면 레이저 시술(대법원 2016. 8. 29. 선고, 2013도7796 판결) 등에서 이미 이러한 중간적, 혼합적, 중첩적 의료영역 관념의 적극적 수용이 원칙적인 기준으로 자리잡았다.[12]

사실 불변고정의 규범적 기준을 전문적, 기술적 영역인 의료에 적용하는 것은 현실 생활세계와 유리된 관념적 이상향이 되기 쉽다. "의료행위의 개념이나 의료인의 면허외 행위의 범위가 얼마든지 변화될 수 있는 것임을 감안하여, 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인한다"고 본 대법원의 태도가 보다 현실적이다.

종전에는 해당 의료기기를 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리에 입각해야만 면허범위 내의 행위로 인정되었다. 한의학적 원리 여부를 판단하는 기준도 간단했다. 현대 과학기술 또는 서양의학적 원리에 기원한 행위는 한의학적 원리가 아니라고 간주하였다. 업무 영역이 상호 배타적으로 나뉜다고 보았던 것이다. 판례변경을 통해 대법원은 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백한지를 새로운 판단기준으로 제시하였다. 주목할 표현은 "전체 의료행위의 경위·

---

11) 도규엽, "중간적·혼합적·중첩적 의료영역과 치과의사의 무면허 의료행위: 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결을 중심으로", 형사정책연구(제28권 2호), 한국형사정책연구원, 2017, 127면.

12) 도규엽, 앞의 논문, 151면.

목적·태양에 비추어" 살펴본다는 점이다. 의료행위는 관찰, 검사, 진단, 상담, 치료, 생활 관리, 평가, 미래계획 등 다양한 수단 및 일련의 절차와 과정을 모두 개념 요소로 한다. 이중 진단행위만 떼어내어 한의학적 원리 유무를 따진다면 필연적으로 해당 행위에 사용된 의료기기에 사용된 전문지식과 기술의 유래에 따라 일의적으로 서양의학적 원리인지 한의학적 원리인지 여부가 결정되어 버린다. 종전의 판단기준인 배타적 이원적 영역 구분이 적용되기가 쉬워진다. 새로운 판단기준은 이를 전체 의료행위의 경위·목적·태양을 종합적으로 검토하는 방식으로 해결하였다. 이러한 기준에서는 서양의학적 기술이나 지식이 도입되었더라도 전반적인 취지에 한의학적 원리가 내포되어 있다면 이를 한의사의 면허외 행위로 의율할 수는 없게 된다. 특히 대법원은 이 기준의 적용에 있어서 명백성을 또 하나의 요건으로 제시하였다. 한의학적 의료행위와 무관한 것임이 명백해야 한다는 표현의 법적 의미는 일차적으로 행정처분의 무효와 취소의 구별 기준이 되는 하자의 명백성과 관련이 있는 것으로 보인다. 행정처분에서 하자의 존재가 명백하다는 것은 하자가 일반인의 인식을 기준으로 할 때 외관상 명백하다는 것이다. 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유인 '증거가 새로 발견된 때'와 관련하여서도 법원은 무죄를 인정할 명백한 증거를 요구한다.

대상 판결은 새로운 기준을 적용하여 "전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 또는 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백히 증명되었다고 보기도 어렵다"고 설시하였다. 특히 대상 판결은 "현대의 진단용 의료기기는 과학기술을 통하여 발명·제작된 것이므로, 그 과학기술의 원리와 성과를 한의사 아닌 양의사만이 독점적으로 의료행위에 사용할 수 있는 성질의 것이라고 보기 어렵다"고 설시하여 서양의학적 원리와 현대과학기술의 원리와 성과를 서로 다른 영역의 문제라고 보고 현대 과학기술의 성과물은 양의사만의 독점영역이 아니라는 점을 명확히 하였다. 기존 판례들에서는 서양의학적 원리 안에 현대 과학기술의 원리와 성과를 전부 포함시키면서 상대적으로 한의

학적 원리를 매우 협소하게 보는 경향이 있었다. 이는 한의학과 서양의학의 배타성을 중심으로 하는 법리에서는 가능한 결론이다. 하지만 대상 판결에서는 의료기기는 근본적으로 과학기술의 산물이며, 이를 사용했다는 것이 양의사만의 독점적 권리가 되지 못함을 명백히 함으로써 기기개발 및 제작과정에서 현대 과학기술을 활용한 것이면 무조건 한의학적 원리가 아니라고 했던 배타적 해석을 부정하고 있다.

2011. 7. 14. 법률 제10852호로 개정된 「한의약 육성법」에서 한의약의 외연을 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위까지 확대한 입법적 결단은 한의학적 원리와 과학적 원리를 상호 배타적 관계로 보지 말라는 주문이다. 한의약 육성발전계획 등 정부와 한의계의 목표는 항상 한의학의 과학화 표준화 등 과학일반의 원리를 한의학에 적용해 발전시킬 것을 예정한다. 과학은 한의사들의 일상적인 진단, 진료에서도 주요 원리로 작동하고 있다. 이번 판결은 법원이 이러한 현실을 반영하여 한의학이 더이상 과학과 배타적 관계가 아님을 명시한 것이다.

다음으로 대법원은 진단행위와 치료행위를 전체적으로 고찰하여 한의사가 한방치료행위를 시행하는 상황에서, 그 전제로 이루어진 진단행위 역시 한의학적 원리와 일정한 관련성을 지닌 것이라고 보았다. 여기에는 「한의약 육성법」이 "과학적으로 응용·개발한 한방의료행위"를 포함한 취지와 근거중심의학(Evidence Based Medicine)을 통한 한방의료행위의 과학화라는 시대적 요청이 추가 근거로 제시되었다.

이처럼 전체 의료행위를 포괄하여 종합적으로 검토하면서 일반인의 인식을 기준으로 명백히 한의학적 의료행위와 무관함이 입증되어야만 한의사의 면허외 행위로 볼 수 있다는 것이 새로운 판단기준이다. 중간적·혼합적·중첩적 개념의 적극적 수용을 통해 한의 진단과 치료를 위한 보조수단을 폭넓게 인정하면서 한의학적 행위와 무관한 것임이 명백함을 역으로 증명해야 처벌 대상이 된다는 것이다.

IV. 고찰

한의사의 면허된 행위에 대한 기존 판결은 한방와 양방을 배타적인 영역으로 설정하고 한의사의 면허범주를 협소하게 판결한 사례들이 주류를 이루어 왔다. 그럼에도 불구하고 대상 판결에서 제시한 새로운 판단기준의 원형과 맹아는 대상 판결 이전의 몇몇 판례들에서 이미 드러나 있다. 대상판결이 기존의 사회통념을 뒤집거나 완전히 새로운 법리를 창조한 것은 아니라는 의미다. 오히려 전문 영역간 면허된 행위를 중첩성과 가변성을 중심으로 적극적으로 해석한 이전 판례들을 토대로 하여 이를 종합하고 체계화하였다. 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등 현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기 사용이 한의사의 면허된 것 이외의 행위가 아니라는 헌법재판소의 결정(헌법재판소 2013.12.26. 선고, 2012헌마551), 한의사의 뇌파계를 활용한 파킨슨 병과 치매 진단이 면허된 것 이외의 행위가 아니라는 판결(서울고등법원 2016. 8. 19 선고 2013누50878), 턱관절 장애를 가진 환자의 입 안에 기능적 뇌척주요법(FCST)을 활용한 음양균형장치(CBA, OBA, TBA)를 넣는 방식으로 이루어진 한의사의 턱관절 치료행위에 대해 면허외 행위가 아니라고 본 사례(대법원 2018. 11. 29. 선고 2015도20373 판결) 등이 그것이다. 특히 치과의사가 보톡스 시술법을 이용하여 환자들의 눈가와 미간의 주름 치료를 한 행위가 치과의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'인지 여부가 문제된 건에서 대법원은 과거의 판례를 변경하여 면허외 행위가 아니라는 결론을 내렸고(대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결), 치과 환자들의 안면 부위에 치과 치료 목적이 아닌 미용 목적의 프락셀 레이저 시술, 주름제거, 피부 잡티제거 등 피부 레이저 시술을 함으로써 면허된 것 이외의 의료행위를 한 혐의에 대해서도 치과의사의 면허범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 판결(대법원 2016. 8. 29. 선고, 2013도7796)을 하였는데 이러한 태도는 대상판결에 직접적인 영향을 끼쳤다.

대상판결의 반대의견은 우리의 의료체계가 양방과 한방을 엄격히 구분하는

양방·한방 이원화 원칙을 취하고 있고, 이에 따라 의료법은 의사와 한의사를 구별하여 각각의 면허를 부여하고 있으며 양의학·한의학의 학문적 원리와 진찰방법에는 근본적 차이가 있다고 전제한다.

정말 한의학은 서양의학과 질병관, 진단방법, 성격이 완전히 다른 별개이고 상호 배타적인 학문일까? 실은 조금만 생각해보면 한의학은 서양의학 없이는 존재할 수 없는 개념이다. 한의학만 있던 시절에는 한의학이라는 개념이 없었다. "의학"이 있었을 뿐이다.[13] 서양의학을 조우하기 이전 동양의 전통의학을 한의학의 원형이라고 할 수 있겠으나 이 시기 한의학은 오늘날 서양의학의 거의 모든 분야를 망라하였다. 단적인 예로 고대로부터 발전한 침술은 외과영역에서 활용한 다양한 수술 도구에서 출발했다.[14] 인체 해부에 관한 한의서 기록들이 그러한 사실을 뒷받침한다. 종기를 개방하고 배농하는 수술이나 전쟁으로 인한 창상 치료, 전염병의 방역과 관리 및 치료, 골절의 수복, 응급의학 같은 인간의 생사를 가르는 질병과 사고 전 영역이 한의학의 대상이었다.[15] 서양의학이 처음 도입되었던 대한제국시기에도 의사(醫師) 혹은 의사(醫士)는 동서의학을 공히 활용하는 사람이었다. 근대식 국립병원인 광제원(廣濟院)에도 한의사와 양의사가 함께 배치[16]되었고 상호간의 의학도 같이 시행했다. 의

---

13) "1894년 갑오개혁 전까지 현재의 한의학은 그냥 '의학'이었고, 서양의학은 '태서의학' 혹은 '서의(西醫)'로 불렸다. 갑오개혁 이후 서양의학이 제1의 공식 의학의 지위를 얻게 되자 한의학은 '의학' 이라는 명칭을 서양의학에 내주게 된다. 당시 황성신문 등에서는 새로운 의학, 즉 '신의(新醫)'인 서양의학과 대비해 한의학에 대해 '구의(舊醫)'라는 표현을 썼다. 공식 국명에 '나라이름 한(韓)'자를 썼던 대한제국은 같은 글자를 써 '한약(韓藥)', '한의(韓醫)' 등의 이름을 사용했다. 이것이 현재 한의학 명칭의 시초라고 할 수 있다. 이 '한(韓)'자가 '한(漢)'자로 바뀐 것은 일본이 동아시아에서 영향력을 확대해 가던 시점과 일치한다. 일본에서는 당시 전통의학에 대해 중국에서 전래됐다는 뜻을 담은 '한의학(漢醫學)'이라는 명칭을 사용하고 있었다. 일본의 식민지로 전락한 후 우리나라에서도 '한방(漢方)'이 공식 명칭이 됐고, 이런 전통은 해방 후까지 이어져 1986년 한의학(韓醫學)으로 명칭이 변경될 때까지 공식적법률적 용어로 여전히 한의학(漢醫學)이 쓰였다." - 신동원, 한의학(漢醫學)과 한의학(韓醫學), 역사비평사(제73호), 2005, 119-122면.

14) 김진국·이소영·김애정, "중국 고문헌 고찰을 통해 본 침구학의 기원과 역사", 한국산학기술학회논문지(제22권 12호), 한국산학기술학회, 2021, 654-664면.

15) 黃帝內經, 山海經, 治腫方, 外科正宗, 外科精要 등 다양한 한의서에서 수술을 비롯한 외과적 술기를 발견할 수 있다.

16) 김명진, "근현대 과학 기술과 삶의 변화", 한국문화사(제4권 4장), 국사편찬위원회, 2005년, 245-336면

학교육기관인 동제의학교에서도 한의학과 서양의학을 동시에 가르쳤다.[17] 종두법을 최초로 도입한 지석영 선생은 한의사 신분이었다.[18]

양방과 한방이 엄격히 구분될 수 있고 학문적 원리와 진찰방법에 근본적 차이가 있다는 전제가 가진 문제점은 중국, 일본 등 전통의학을 현대에 활용하는 인접 국가와의 비교를 통해 보다 명확히 드러난다. 중국은 중서의 결합을 통해 중의학의 실질적 근대화를 이루었다. 인력양성, 면허, 국가정책, 의료보험 보상 등에서 전통의학인 중의학의 독립성이 보장되면서, 각 직역은 면허 범위의 제한 없이 상호 시술 및 처방이 가능하다.[19] 서의사에게 중의약 시술 및 처방, 중의사에게 서양의약 시술 및 처방이 허용된다. 각자의 전문성이 있을 뿐 배타적 독자범위는 없는 것이다. 일본은 단일면허자인 의사가 침과 한약을 병행 활용한다. 의료보험의 혜택도 똑같이 제공된다.[20] 대만은 의사와 중의사로 이원화되어 있지만 복수전공, 진단도구 공유, 중서의 결합 추구 등으로 매우 유연한 병존형 이원화 체계이다.[21] 북한은 신의학과의 긴밀한 연계를 통해 새로운 의학을 창출하는 협력, 공유 모델을 선택했다. 임상의사와 고려의사의 면허 범위도 동일하고 전문의 과정도 공유된다.[22] 각각 다른 모습이지만 전통의학의 발전과 활용이라는 측면에서 훌륭한 내구성과 적응력을 보이는 제도들이다. 과거 판례의 태도와 같은 배타적 분리는 다른 나라에서는 찾을 수 없다. 대상판결

---

17) 표천근, "동제의학교의 의학사적 의의", 대한한의학원전학회지(제1권 1호), 대한한의학원전학회, 1987, 16-18면.

18) 지석영(池錫永·1855~1935) 선생은 한의사 박영선(朴永善)의 문하에서 한의학을 배웠다. 박영선은 오다키(大瀧富川)에게 우두법을 배우고 구가 가쓰아키(久我克明)의 '種痘龜鑑'을 얻어다 지석영 선생에게 전해주었고 이것이 우두법 보급의 시작이 되었다. 1914년에 오늘날의 한의사에 해당하는 의생(醫生)자격을 취득하였고 1915년에는 전선의생회(全鮮醫生會~현재의 한의사협회에 해당) 회장을 지냈다.

19) 윤강재·김동수·권수현·안보령·강아람·楊建海, "중국과 대만의 중의학(中醫學)-서의학(西醫學) 관계 설정 현황과 시사점: 인력양성과 보장성을 중심으로", 대외경제정책연구원, 2016, 16-40면.

20) 최보람·조여진·손창규, "일본의 한방의료서비스 현황 조사연구", 대한한방내과학회지(제35권 3호), 대한한방내과학회, 2014, 309-316면.

21) 김동수·최병희·이현지·권수현·권영규, "대만 중·서의 의료이원화 현황에 관한 연구", 동의생리병리학회지(제28권 1호), 한의병리학회, 2014, 9-15면.

22) 김창엽·이상구·임병묵, "북한의 동서의 결합", 대한예방한의학회지(제4권 2호), 대한예방한의학회, 2000, 108-118면.

반대의견의 주장처럼 의학과 한의학은 그 학문적 원리가 서로 달라 학습과 임상이 전혀 다른 체계에 기초하고 있으므로 한의사가 현대적 진단기기를 사용하는 것이 불허되어야 한다면 두 의학이 자유롭게 공유되는 대한제국 시기 의학이나 중국, 일본, 북한의 제도를 이해하기는 어려워진다. 필자는 이런 시각에서 대상판결의 핵심적 의의를 현행 의료법상 이원화 체계를 배타적 분리 이원화로 보는 것이 아니라 중간적, 혼합적, 중첩적 의료영역의 존재를 인정한 데 있다고 본다.[23]

사실 양의사의 양방의료행위와 한의사의 한방의료행위에서 가장 큰 중간적, 혼합적, 중첩적 의료영역에 들어가는 것이 바로 한국표준질병사인분류(KCD)의 활용이다. 현대 한의사는 현대의학의 질병명에 따라 환자를 진료한다. 이때 쓰이는 질병코드가 KCD이다. 양의사의 양방의료행위 중 진단 과정에서도 똑같은 KCD가 사용된다. 양의사와 한의사가 동일한 질병코드를 써야 하는 이유는 자명하다. 설사 한의학의 인체관, 질병관이 달라서 환자를 대상으로 전혀 다른 진단 및 치료를 한다고 하더라도, 그 환자의 질병명은 의사, 환자, 사회, 국가, 심지어 전세계에서 통용될 수 있어야 한다. 통계 처리, 환자와의 소통, 다른 직역 간의 협진 등을 위해 필수적이다.[24] KCD를 질병코드로 쓰는데 필요한 서양의학적 진단을 위한 도구의 활용을 단지 학문적 원리의 차이 또는 분리 이원화 정책을 이유로 한의사의 면허범위에서 배제해야 한다는 주장은 비효율적이다. 대상판결에서도 양의사와 한의사의 과실 유무 인정 요건과 판단 기준의 동일성, 한의사에게 부여된 양약과 한약의 상호작용에 대한 설명 의

23) 비슷한 관점에서, 의료행위와 한방의료행위의 구별기준인 '학문적 원리'라는 표지는 명확하지 않으므로 과학적이고 객관적인 판단기준이 되지 못한다고 주장하면서, 이러한 구별이 의료인에 대한 무면허의료행위 금지와 관련하여 각 의료인의 면허된 범위를 지나치게 좁게 해석함으로써 의료의 발전에 따른 변화 및 국민의 수요에 부응하지 못한다고 지적한 논문으로, 이채훈, "무면허의료행위와 관련한 실무적 문제와 현실적 해결방안", 한국의료법학회지(제30권 2호), 한국의료법학회, 2022, 65-66면.

24) 실제로 2011년 1월부터 한의분류 진단명이 KCD-6에 통합되어 운용됨에 따라 진단명 통계 및 양한방 협진에 유리한 환경이 조성되었다. 이득수·최병호, "양한방 의료일원화의 역사적 전개과정과 정치경제학적 고찰", 사회보장연구(제38권 3호), 한국사회보장학회, 2022, 164면.

무와 전원조치의무 등을 근거로 한의사의 서양의학적 지식에 대한 필요성을 강조하였다. 양방과 한방 양쪽의 중복 또는 혼합 활용이 일상적인 의료이용행태로 자리잡은 우리나라[25]에서 한의사의 설명의무에 서양의학적 지식을 면허외 행위라고 하여 배제하는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않다. 양약에 대한 지식 없이 양약과 한약의 상호작용을 설명하는 것도 불가능하다.

대상판결은 진단용 의료기기를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용할 경우에 한해서 새로운 판단기준에 따라 초음파 사용을 인정하였다. 그런데 KCD가 한의사가 행해야 할 진단의 기준 중 하나인 현 상황에서 한의학적 진단의 보조수단은 서양의학적 진단 그 자체가 될 수 밖에 없다. 또한 진단의 영역에서만 새로운 판단기준이 적용되기도 어렵다. 새로운 판단기준의 속성에 비추어 치료용 의료기기와 의약품의 사용을 포함한 전체 의료행위에 두루 적용될 것이다.

대상판결은 새로운 기준이 이원적 의료체계의 원리 및 입법 목적에 부합한다고도 주장했다. 그런데 대법원은 한의학의 과학화·정보화를 촉진하여 독자적인 발전역량을 강화하고 의료소비자의 합리적인 선택권을 보장하기 위하여 현대 과학기술을 (의사와 더불어) 한의사도 활용해야 한다고 보았다. 기술과 도구의 공유가 이원적 의료체계에 부합한다면 이때의 이원화는 강고한 분리 이원화의 틀에서는 이미 벗어난 것이다. 앞으로 한의사와 의사의 진단, 치료 도구의 다수는 공유되는 방향으로 변화할 것이다. 근거 기반의 한방의료가 강화될 것이고 이는 의사와 한의사 사이에 대화와 신뢰의 창이 열리는 환경을 만들 것이다. 임상의학적인 차원에서 접점을 찾는 노력이 지속되면 양한방 협진 혹은 융합에 의한 성공의 사례를 공유하는 단계가 올 것이다.[26]

무면허의료행위는 의료법 제27조 제1항과 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조에 의하여 일률적, 전면적으로 규제된다. 의료인만이 허가행위로서의 면허에 기반하여 독점적, 배타적 지위에서 의료행위를 할 수 있다. 이를 위반한

---

25) 윤강재, "우리나라 국민의 한방의료 이용실태와 인식도", 보건·복지 Issue&Focus(제140권), 한국보건사회연구원, 2012, 4면.
26) 이득수·최병호, 앞의 논문, 174-175면.

경우 그 치료결과에 관계없이 처벌한다. 판례와 헌법재판소.[27] 는 이러한 규제를 '대안 없는 유일한 선택'으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치된다고 보았다.

문제는 금지된 의료행위의 범위를 어떻게 설정할 것인가에 있다. 면허제도를 통한 공급의 제한은 필연적으로 소비자 후생손실을 야기한다. 따라서 생명, 신체에 가해지는 위해의 우려와 독점 공급으로 인해 발생하는 후생손실의 우려 사이의 비교형량을 통해 비례성의 유무를 판단해야 한다.[28] 이는 국민의 건강과 안전이라는 가치에 공급 독점이 얼마나 기여하는지 평가하는 데서 출발한다. 만연히 위해의 가능성을 제거하는 데만 집중하는 제도 설계로는 국민건강의 증진이라는 의료법의 본 목적을 달성할 수 없다.[29][30] 안전은 타협할 수 없는 절대적 가치가 아니다. 우리는 즐거움을 위해 안전을 희생하고(산악

---

27) 무면허 의료행위 금지에 대한 의료법 조항은 1996. 10. 31. 94헌가7 결정에서 최초로 합헌결정을 한 이래, 다수 사건에서 반복되었다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370; 헌재 2005. 3. 31. 2001헌바87; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19등). 최근에도 무면허 의료행위를 금지하고 처벌하는 의료법 조항 등에 대하여 같은 취지의 결정을 여러 차례 하였는데(헌재 2013. 6. 27. 2010헌마658; 헌재 2013. 8. 29. 2012헌바174; 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마514; 헌재 2015. 7. 30. 2015헌바51; 헌재 2016. 10. 27. 2015헌바291 등 참조), 그 요지는 한마디로 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로, 국가의 검증을 거친 의료인이 아니라면 해서는 아니된다는 것이다. 무면허 의료행위를 일률적·전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우 그 치료결과에 관계없이 처벌하는 규제방법은 '대안 없는 유일한 선택'으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치된다는 것이다.

28) 헌법재판소는 직업선택의 자유와 평등권, 재산권 등 국민의 기본권을 침해한다는 주장을 배척하며 무면허 의료행위에 대한 처벌 규정이 헌법에 위배되지 않는다는 견해를 견지하고 있다(헌재 1996. 10. 31, 94헌가7 등).

29) 비슷한 취지로, 일정한 조건하에서 수단의 교차적인 사용을 허용하는 것이 의료소비자의 경험에 더 유리하다는 전제 하에서 .'의심스러울 때에는 환자(의료소비자)의 이익으로'라는 원칙이 작동해야 한다고 주장한 논문으로, 김나경, "의료의 철학과 법정책", 법철학연구(제13권 1호), 한국법철학회, 2010, 191-192면.

30) 역시 비슷한 취지로, 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결에 대한 설명에서 "이 판결이 면허된 것 이외의 의료행위 해당 여부를 판단하는 기준의 하나로 '의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요'를 들어 의료소비자의 선택가능성을 폭넓게 인정하는 방향으로 법 해석이 이루어져야 한다"고 함으로써 "국민을 단순히 의료법의 보호와 혜택을 받는 객체가 아니라 의료서비스에 대하여 선택권을 행사하는 권리의 주체로 적극적으로 인정하였다고 보아 의료법의 해석 적용에 의료서비스 선택권의 보장이라는 측면도 중요하게 고려되어야 함"을 강조한 논문으로, 이경민, "면허된 것 이외의 의료행위' 해당 여부에 관한 판단 기준의 정립 방향: -한의사의 의료기기 등 사용을 중심으로", 사법(제1권 57호), 사법발전재단, 2021, 466-467면.

등반, 윈드서핑), 편의성을 위해 안전을 희생하며(의약품의 약국외 판매), 필요에 의해 안전을 희생한다(자전거, 자동차 운전, 비행기 타기). 대상판결은 단지 영역을 침범하는 것만으로도 (추상적) 위해가 발생한다는 기존의 판례를 넘어 한의사의 업무영역을 과감히 확대함으로써 비례의 원칙 적용에 소비자 후생손실을 본격적으로 고려하는 진일보한 태도를 보였다. 이런 측면에서 대상판결은 소비자 선택의 관점에서 공급독점 완화를 통해 효율성을 높이는 데도 긍정적인 영향을 줄 것이다.

V. 결론

본 논문에서는 대상 판결이 제시한 새로운 판단기준을 구체적으로 분석한 후 새로운 판단기준의 의의와 이원적 의료체계에 미칠 영향을 검토하였다. 주요 결론은 다음과 같다.

첫째, 이원적 의료체계 하에서 한방과 양방을 준별하여 상호 면허된 영역을 벗어난 의료행위를 엄격히 규제하는 기존의 판례들에서도 새로운 판단기준의 원형과 맹아는 대상 판결 이전의 판례들에서 이미 드러나 있었다.

둘째, 대상판결의 핵심적 의의는 도구의 공유와 중간적, 혼합적, 중첩적 영역의 인정을 통해 한의학의 독자적인 발전역량 강화, 의료소비자의 합리적인 선택권 보장, 국민 건강 보호·증진을 도모하고자 한 데 있다.

셋째, 대상판결은 현대 과학기술을 의사와 한의사가 공히 활용해야 한다고 봄으로써 양한방의 배타적 분리라는 기존 판례의 태도를 폐기하고 유연성과 효율성을 강화한 이원적 의료체계의 가능성을 제시하였다.

넷째, 종전의 판단기준은 무면허 의료행위를 일률적·전면적으로 금지하는 규제 방법을 '대안 없는 유일한 선택'으로 보았으나 새로운 판단기준은 비례의 원칙 적용에 소비자 후생손실을 본격적으로 고려하는 진일보한 태도를 보였다.

〔 참 고 문 헌 〕

김나경, “의료의 철학과 법정책”,『법철학연구』제13권 1호, 2010.

김동수·최병희·이현지·권수현·권영규, “대만 중·서의 의료이원화 현황에 관한 연구”,『동의생리병리학회지』제28권 1호, 2014.

김명진, “근현대 과학 기술과 삶의 변화”,『한국문화사』제4권 4장, 2005.

김진국·이소영·김애정, “중국 고문헌 고찰을 통해 본 침구학의 기원과 역사”,『한국산학기술학회논문지』제22권 12호, 2021.

김창엽·이상구·임병묵, “북한의 동서의 결합”,『대한예방한의학회지』제4권 2호, 2000.

도규엽, “중간적·혼합적·중첩적 의료영역과 치과양방의료행위의 무면허 의료행위: 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결을 중심으로”,『형사정책연구』제28권 2호, 2017.

신동원, “한의학(漢醫學)과 한의학(韓醫學)”,『역사비평사』제73호, 2005.

윤강재·김동수·권수현·안보령·강아람·楊建海,『중국과 대만의 중의학(中醫學)-서의학(西醫學) 관계 설정 현황과 시사점: 인력양성과 보장성을 중심으로』, 대외경제정책연구원, 2016.

윤강재, “우리나라 국민의 한방의료 이용실태와 인식도”,『보건·복지 Issue& Focus』제140권, 2012.

이경민, “‘면허된 것 이외의 의료행위’ 해당 여부에 관한 판단 기준의 정립 방향-한의사의 의료기기 등 사용을 중심으로”,『사법』제1권 57호, 2021.

이득수·최병호, “양한방 의료일원화의 역사적 전개과정과 정치경제학적 고찰”,『사회보장연구』제38권 3호, 2022.

이채훈, “무면허의료행위와 관련한 실무적 문제와 현실적 해결방안”,『한국의료법학회지』제30권 2호, 2022.

임상규, “의료행위의 정당화와 면책가능성”,『법학논고』제64권 64호, 2019.

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

최보람·조여진·손창규, “일본의 한방의료서비스 현황 조사연구”,『대한한방내과학회지』제35권 3호, 2014.

표천근, “동제의학교의 의학사적 의의”,『대한한의학원전학회지』제1권 1호, 1987.

[국문초록]

한의사의 면허외 행위 판단의 새로운 기준
-대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결을 중심으로-

최혁용 (법무법인 태평양 파트너 변호사)

의료법은 무면허 의료행위를 비의료인에 의한 의료행위와 의료인에 의한 면허외 행위로 나누어 놓았다. 종래에는 의료행위와 한방의료행위를 엄격히 구분하는 것이 일반적 태도였으나 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결은 한의사의 면허외 행위 판단기준과 관련하여 새로운 방향성을 제시하였다. 본 논문에서는 대상 판결에서 제시된 새로운 판단기준을 구체적으로 분석하고 새로운 판단기준의 의의와 이원적 의료체계에 미칠 영향을 검토하였다. 대상 판결의 새로운 기준과 기존 판례의 종전 기준이 가진 차별성은 판단의 근거를 한방원리와의 연관성에서 찾지 않았다는 점에 있다. 한방원리와 서양의학적 원리를 배타적으로 구분하는 이분법적 사고에서 벗어나 의료행위의 중첩성과 가변성을 적극적으로 수용하였다는 점에서 진일보한 기준인 것이다.

주제어 : 의사, 한의사, 의료기기, 초음파, 무면허 의료행위

New Standards for Determining Unlicensed Practice of Korean Medicine Doctors

- Focusing on the Supreme Court's Decision No. 2016do21314 -

CHOI HYUG YONG

BAE, KIM & LEE LLC

=ABSTRACT=

Medical act divides unlicensed medical practice into medical practice by non-medical practitioners and unlicensed practice by medical practitioners. In the past, it was a common approach to strictly distinguish between western and Korean medicine, but the Supreme Court's Decision of December 22, 2016, Do. 21314, provided a new direction regarding the criteria for determining whether a Korean medicine practitioner is acting outside license. This paper analyzes the new criteria in detail, examines the significance of the new criteria, and explores its impact on the dualistic medical system. The difference between the new criteria and the previous criteria in the precedents is that the judgment is not based on the connection between Korean medicine principles and Western medicine principles. It is an advanced standard that actively accepts the overlap and variability of medical practice, moving away from dichotomous thinking that exclusively distinguishes between Korean medicine and Western medicine.

Keyword : Physician, Korean medicine, Medical device, Ultrasound, Unlicensed medical practice