

대 법 원

판 결

사 건 2013도850 의료법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 손지열 외 5인
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2013. 1. 10. 선고 2012노3688 판결
판 결 선 고 2016. 7. 21.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지는, 의료인은 면허된 것 이외의 의료행위를 하여서는 아니 됨에도 치과의사인 피고인이 2011. 10. 7. 자신이 운영하는 치과병원에서 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름 치료를 하여 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다는 것이다. 이에 대하여 원심은, 의료법상 치과 의료행위는 치아와 주위 조직 및 구강을 포함한 악안면 부분에 한정되는데 이 사건 보톡스 시술은 눈가와 미간에 한 것으로서 치아 주위 및 악안면 부분에 시술한 것에 해당하지 아니한다는 등의 이유를 들어

피고인에게 유죄를 인정한 제1심판결을 유지하였다. 이 사건의 쟁점은 '보톡스 시술법을 이용한 눈가와 미간의 주름 치료'가 치과의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하여 의료법위반의 처벌대상이 되는지이다.

2. 먼저 의료행위에 관한 의료법의 규율 내용을 본다.

가. 의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 제정·시행되고 있다(제1조). 의료법 규정에 따르면, 의료인이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사 등을 말하고(제2조 제1항), 의사는 의료와 보건지도의 임무를, 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도의 임무를, 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도의 임무를 각기 수행하며(제2조 제2항 제1호, 제2호, 제3호), 의사, 치과의사 또는 한의사가 되려는 사람은 각기 소정의 교육과정을 이수하고 자격을 취득한 후 국가시험에 합격하고 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다(제5조). 그리고 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없고 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없으며(제27조 제1항 본문), 이를 위반한 사람은 형사처벌을 받게 되어 있다(제87조 제1항).

이와 같이 의료법이 의사, 치과의사 및 한의사가 각자 면허를 받아 그 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 규정한 취지는, 각 의료인의 고유한 담당 영역을 정하여 전문화를 꾀하고 독자적인 발전을 촉진함으로써 국민이 보다 나은 의료 혜택을 누리게 하는 한편, 의사, 치과의사 및 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 방지함으로써 궁극적으로 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위한 데 있다(대법원 2014. 1. 16. 선고

2011도16649 판결 등 참조).

나. 이러한 취지에서 의료법은 의료기관의 개설(제33조), 진료과목의 설치·운영(제43조), 전문의 자격 인정 및 전문과목의 표시(제77조) 등에 관한 여러 규정에서 의사·치과의사·한의사의 세 가지 직역이 각각 구분되는 것을 전제로 규율하면서 각 직역의 의료인이 '면허된 것 이외의 의료행위'를 할 경우 형사처벌까지 받도록 규정하고 있으나, 막상 각 의료인에게 '면허된 의료행위'의 내용이 무엇인지, 어떠한 기준에 의하여 구분하는지 등에 관하여는 구체적인 규정을 두고 있지 아니하다. 즉 의료법은 의료인을 의사·치과의사·한의사 등 종별로 엄격히 구분하고 각각의 면허가 일정한 한계를 가짐을 전제로 면허된 것 이외의 의료행위를 금지·처벌하는 것을 기본적 체계로 하고 있으나, 각각의 업무 영역이 어떤 것이고 그 면허의 범위 안에 포섭되는 의료행위가 구체적으로 어디까지인지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 의료행위의 종류가 극히 다양하고 그 개념도 의학의 발달과 사회의 발전, 의료서비스 수요자의 인식과 요구에 수반하여 얼마든지 변화될 수 있는 것임을 감안하여(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 참조), 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인하는 것으로 보인다.

이에 따라 대법원 역시 일찍이, 의료행위란 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰·검안·처방·투약 또는 외과수술 등을 하는 행위라고 판시한 이래(위 74도1114 전원합의체 판결), 구체적 사안별로 문제된 행위가 의료법 제27조 제1항이 정한 '무면허 의료행위' 또는 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지를 판단하여 왔다. 즉 의사나 치과의사의 의료행위가 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하

는지는 구체적 사안에 따라 의사와 치과의사의 면허를 구분한 의료법의 입법목적, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 등의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다는 것이다(위 대법원 2011도16649 판결 등 참조).

다. 전통적인 관념이나 문언적 의미에 따르면, '치과'는 '이(치아)와 그 지지 조직 및 입 안의 생리·병리·치료 기술 등을 연구하는 의학 분야', '치과의사'는 '입 안 및 치아의 질병이나 손상을 예방하고 치료하는 것을 직업으로 하는 사람'으로 정의함이 일반적일 것이다. 그러나 치과의사의 의료행위와 의사의 의료행위가 이러한 전통적 관념이나 문언적 의미만으로 구분될 수 있는 것은 아닐뿐더러, 위에서 본 바와 같이 의료행위의 개념은 고정 불변인 것이 아니라 의료기술의 발전과 시대 상황의 변화, 의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요에 따라 달라질 수 있는 가변적인 것이기도 하고, 또한 의사와 한의사의 업무 영역에 관한 대법원 2011도16649 판결에서 판시한 것처럼 의약품과 의료기술 등의 변화·발전 양상을 반영하여 전통적인 치과진료 영역을 넘어서 치과의사에게 허용되는 의료행위의 영역이 생겨날 수도 있는 것이다.

따라서 앞서 든 '면허된 것 이외의 의료행위' 해당 여부에 관한 판단기준에 이러한 관점을 더하여 이 사건에서 피고인의 행위가 치과의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하여 의료법위반으로 처벌대상이 되는지 살펴볼 필요가 있다.

3. 이제 피고인의 이 사건 시술행위에 관하여 본다.

가. 기록과 관련 규정에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

(1) 의학과 치의학은 그 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리가 근본적으로 다르지 아니할 뿐 아니라 특히 구강외과는 연혁적으로 외과의 한 분야로 간주되다가 근세에 이르러 외과로부터 독립된 진료과목으로 분화하여 발달하였고, 전시에는 치과의사가 안면 영역의 총상 및 외상에 대하여 주로 치료를 담당한 사례도 있다. 이러한 연유로 의료와 치과 의료의 경계를 명확하게 구분하기 어려운 경우가 있고, 양악 수술이나 구순구개열 수술 등과 같이 양쪽이 모두 시술하고 있는 영역이 존재하는 것이 현실이다.

(2) 의료법 제43조 제5항 및 의료법 시행규칙 제41조 제1항 제3호는 치과병원의 진료과목 중 하나로 '구강악안면외과'(사전적 의미에서 '구강'은 입안으로서 입술부터 목구멍의 인두 시작 부위까지가 이에 해당하고, '악'은 턱을 의미하며, '안면'은 얼굴을 의미한다)를 규정하고 있다. 의료법 제77조 제4항의 위임에 따른 대통령령인 「치과의사 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」 제3조는 치과의사전문의의 전문과목 중 하나로 '구강악안면외과'를 들고 있다.

'구강악안면외과'는 1962. 3. 20. 법률 제1035호로 전부 개정된 의료법 제11조에서 치과전문과목으로 규정하였던 구강외과가 1994. 9. 27. 의료법 시행규칙의 개정으로 그 제30조 제1항 제3호에서 치과병원의 진료과목 중 하나로 그 명칭이 구강악안면외과로 바뀌면서 법령에 처음 편입되었다. 의료법 전부 개정 무렵인 1962년경 대한악안면성형외과학회(1989년 대한악안면성형재건외과학회로 학회명 변경)가 설립되었고 그 이전인 1959년경 대한구강외과학회(1984년 대한구강악안면외과학회로 학회명 변경)가 설립된 사정에 비추어, 위 전부 개정 무렵에도 이미 구강외과에서 구강악안면외과의 진료분야에 해당하는 의료행위가 이루어졌던 것으로 보인다.

(3) 치과의사가 되려는 사람은 치과대학이나 치의학전문대학원에서 학위를 받은 다

음 국가시험에 합격하여 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다. 치과대학과 치의학전문대학원에서는 학생들에게 치과보존학, 영상치의학, 구강내과학, 치과교정학, 구강보존학 등과 함께 '구강악안면외과학'에 관한 이론과 실무를 가르치고 있고, 여기에는 구강이외 안면부의 경조직과 연조직에 발생하는 질환의 진단 및 치료에 관한 교육이 포함되어 있다.

「치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」 제9조에 기하여 2003. 10. 28. 제정된 「치과의사 전공의의 연차별 수련 교과과정」(보건복지부고시 제2003-62호, 이하 '2003년 교과과정'이라 한다)에 따르면, 구강악안면외과의 교육목표에 통상 치과의 고유하고 독자적인 영역으로 여겨지는 외과적 발치술, 인공치아 매식술, 구강암, 침샘 질환, 악관절 장애 외에도 '안면부 외상, 악안면 감염증, 악안면 기형, 악안면 재건술' 등에 관한 전문적 지식 및 치료 술기(術技)를 갖추는 것을 포함하고 있고, 3년차 세부분야별 진료내용에 안면부 내에서는 그 부위를 한정하지 아니한 안면골 골절을 전제로 하는 '관혈적 및 비관혈적 정복술'과 기형에 관련된 '악교정수술' 등을 포함하고 있다. 이와 같이 그 진료의 범위가 '치아와 구강, 턱뼈 그리고 턱뼈를 둘러싼 안면부'만으로 한정되어 있지 아니하다. 나아가 2012. 12. 4. 보건복지부고시 제2012-158호로 개정·고시된 「치과의사 전공의의 연차별 수련 교과과정」(이하 '2012년 교과과정'이라 한다)에 따르면 2년차 세부분야별 진료내용에 '레이저치료'가, 3년차 교과내용에 '안면미용성형'이, 그에 따른 세부분야별 진료내용에 '보톡스, 필러치료, 안면미용성형'이 추가되었다.

(4) 의료법 제9조 제4항, 의료법 시행령 제5조, 의료법 시행규칙 [별표] 제1호의2는 '구강악안면외과학'을 치과의사 국가시험의 시험과목 중 하나로 규정하고 있다.

(5) 국민건강보험공단은 2011년부터 2015년까지 치과병원급 이상에서 이루어진 한 해 평균 1,000건 이상의 머리 기타 부분의 열린 상처, 500건 이상의 비골 골절, 200건 이상의 안와바닥 골절 등 사전적 의미의 구강이나 턱 부분으로 보기 어려운 부위에 대한 치과의사의 의료행위에 대하여 요양급여를 지급한 것으로 나타난다.

(6) '보톡스'는 보툴리눔 독소 A형이 상품화되어 만들어진 약제의 이름이다. 보톡스는 초기에는 눈꺼풀 경련, 사경(斜頸)과 같은 근육긴장 이상을 치료하는 약제로 사용되었으나 이러한 치료를 시행하던 중 보톡스를 주입하게 되면 그 주위의 주름이 없어지는 것이 발견되어 미용적 치료에 이용되기 시작하였다. 치과에서는 이미 교근위축을 통한 사각턱의 교정, 이갈이 및 이 악물기의 치료, 편두통의 치료 등 다양한 용도로 보톡스를 사용하고 있고, 대부분의 치과대학이나 치의학전문대학원은 보톡스의 시술에 대하여 교육하고 있다. 치과에서 이러한 시술이나 진료행위에 보톡스를 사용할 때와 비교하여 안면부에 대한 보톡스 시술이 특별히 위험하다거나 더 높은 전문적 지식과 기술이 필요하다고 인정할 자료는 없다. 둘 사이에 어느 하나는 허용하고 다른 하나는 금지하는 것으로 차별하여 취급할 만한 뚜렷한 사정은 발견되지 아니한다.

나. 이러한 사정에 비추어 볼 때 치과의사의 이 사건과 같은 시술행위에 대하여 다음과 같이 판단할 수 있다.

(1) 의료법 등 관련 법령은 '구강악안면외과'를 치과 영역으로 인정하고 있고, 치과의사 국가시험의 과목으로 규정하고 있다. 이러한 '구강악안면외과'의 진료영역에 관하여 '2003년 교과과정'의 내용에 의하면, 문언적 의미나 사회통념상 치과 의료행위로 여겨지는 '치아와 구강, 턱뼈 그리고 턱뼈를 둘러싼 안면부'에 대한 치료는 물론, 정형외과나 성형외과의 영역과 중첩되는 것으로 보이는 안면부 골절상 치료나 악교정수술 등도

포함된다는 것이고, 여기에 관련 규정의 개정 연혁과 관련 학회의 설립 경위, 국민건강 보험공단의 요양급여 지급 결과 등을 더하여 보면, 치아, 구강 그리고 턱과 관련되지 아니한 안면부에 대한 의료행위라 하여 모두 치과 의료행위의 대상에서 배제된다고 보기는 어렵다.

(2) 의학과 치의학은 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리가 다르지 아니할 뿐 아니라, 각각의 대학 교육과정 및 수련과정도 공통되는 부분이 적지 아니하게 존재한다. 더욱이 대부분의 치과대학이나 치의학전문대학원에서 보톡스 시술에 대하여 교육하고 있고, 치과 의료 현장에서 보톡스 시술이 활용되고 있으며, 그 시술 부위가 안면부라고 하더라도 치과대학이나 치의학전문대학원에서는 치아, 혀, 턱뼈, 침샘, 안면의 상당 부분을 형성하는 저작근육과 이에 관련된 주위 조직 등 악안면에 대한 진단 및 처치에 관하여 중점적으로 교육하고 있으므로, 보톡스 시술이 의사만의 업무영역에 전속하는 것이라고 단정할 수 없다.

(3) '2012년 교과과정'은 의료기술의 발전과 시대 상황의 변화, 의료서비스에 대한 수요자의 인식과 필요 등을 감안하여 종래 치과의사의 진료영역에서 비중을 두어 다루지 아니하였던 안면미용성형과 관련된 내용도 치과 의료행위에 포함될 수 있다는 견해를 전제로 한 것으로 보인다. 그리고 전통적으로 치의학의 고유하고 독자적인 영역으로 인정되는 치아교정, 치아재식 등에도 치료 대상의 기능회복 외에 미용의 목적도 있다고 보아야 하므로 시술의 목적이 기능회복인지 미용인지에 따라 치과 의료행위에 해당하는지를 구분할 수는 없는 것이어서, 안면미용성형이 미용을 목적으로 한 의료행위라는 이유로 치과 의료행위에서 반드시 배제되어야 하는 것은 아니다.

4. 결론

가. 의료법의 목적은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 하여 국민의 건강을 보호하고 증진하자는 것이고, 면허된 것 이외의 의료행위를 한 의료인을 처벌하는 이유도 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 발생할 수 있는 위험을 방지하여 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위한 데 있다.

위에서 본 바와 같이, 치아, 구강 그리고 턱과 관련되지 아니한 안면부에 대한 의료행위라는 이유만으로 치과 의료행위의 대상에서 배제할 수는 없고, 치과대학이나 치의학전문대학원에서는 악안면에 대한 진단 및 처치에 관하여 중점적으로 교육하고 있으므로 치과의사의 안면에 대한 보톡스 시술이 의사의 동일한 의료행위와 비교하여 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 더 큰 위험을 발생시킬 우려가 있다고 보기도 어렵다.

관련 의료법 규정을 해석할 때 전체적인 의료 수준을 향상시켜 그 혜택이 국민에게 돌아갈 수 있도록 하는 것 역시 우선적으로 고려할 필요가 있다. 보톡스를 이용한 시술이 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있는 상황에서, 그로 인한 공중보건위생에 대한 위험이 현실적으로 높지 아니하고 전문 직역에 대한 체계적 교육 및 검증과 규율이 이루어지고 있는 한, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료소비자의 선택가능성을 널리 열어두는 방향으로 관련 법률규정을 해석하는 것이 바람직할 것이다.

결국 환자의 안면부인 눈가와 미간에 보톡스를 시술한 피고인의 행위가 치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수는 없고, 그 시술이 미용 목적이거나 하여 달리 볼 것은 아니다.

나. 그럼에도 이와 달리 원심은, 치과 의료의 허용되는 부위인 '악안면'이 턱을 둘러

싼 안면 부분으로 제한된다는 전제에서 피고인의 시술이 치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 판단하여 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다. 이러한 원심의 판단에는 치과의사의 면허된 의료행위의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에 대하여는 대법관 김용덕, 대법관 김신의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 이상훈, 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 김신의 보충의견이 있다.

5. 대법관 김용덕, 대법관 김신의 반대의견은 다음과 같다.

다수의견의 요지는 눈가와 미간에 미용 목적으로 한 보톡스 시술이 치과의사의 면허범위에 포함된다는 것이나, 다음과 같은 이유로 찬성하기 어렵다.

가. 의료법 제2조 제1항은 의료인을 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사로 구분하고, 제2항에서 "의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다."고 규정하면서, '의사'에 관하여는 '의료와 보건지도'를 그 임무로 정하고(제1호), '치과의사'에 관하여는 '치과 의료와 구강 보건지도'를 그 임무로 정하는 한편(제2호), 한의사에 관하여는 '한방 의료와 한방 보건지도'를 각각 그 임무로 정하고 있다(제3호). 나아가 의료법 제5조는 의사의 면허와 치과의사의 면허를 구별하여, 의학 또는 치의학을 전공하는 대학·전문대학원을 졸업하는 등의 의학 또는 치의학 분야별로 정하여진 자

격을 가진 사람이 의사 또는 치과의사 국가시험에 합격한 경우에 해당 국가시험별로 면허를 내주도록 정하고 있다.

이와 같이 의료법은 의사와 치과의사, 의학과 치의학, 보건과 구강보건을 서로 구별하여 의사와 치과의사의 면허를 명확하게 나누어 별도로 정하고 있고, 나아가 의사의 임무를 일반적으로 '의료와 보건지도'로 정한 것과 달리 치과의사의 임무를 '치과 의료'와 '구강 보건지도'라는 특수한 범위를 설정하여 제한하고 있다. 이는 의료법이 '한방(韓方)'인지 여부에 따라 의사와 한의사 임무에서 차이를 두어 특정한 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리를 면허 범위의 주요한 구별기준으로 제시하면서, 의사·치과의사와 한의사 사이에 치료 부위나 대상에 대하여 아무런 구분이나 차이를 두고 있지 않은 것과는 대조된다.

이처럼 의사와 치과의사의 면허 및 그 범위를 준별한 취지는, 의학적 기초 원리와 방법론에서 의학과 치의학이 질적으로 다르지 않음을 전제로 하는 한편, 치아 치료와 같이 치과의사의 고유한 담당 영역을 별개로 인정함으로써 이에 해당하는 의료행위는 치과의사만 전담하도록 하려는 데 있다고 보인다. 또한 구강 보건지도에 관한 사항을 의사의 임무 영역에서 분리하여 치과의사에게 전담시켜 이를 활성화하는 한편 전문화가 이루어질 수 있도록 유도한 것 역시 같은 취지이다.

이러한 전제에서 보면, 의료법이 의학과 한의학을 의학적 기초 원리와 방법론에 따라 질적으로 구분한 것과 달리, 의사와 치과의사에 관하여 '치과' 또는 '구강'이라는 문언적 차이를 두어 양자를 구별한 것은, 양자 모두 서양의학에 뿌리를 둔 의사임을 전제로 치료 부위나 치료 목적이라는 외형적 기준에 따라 의학과 치의학을 구별함으로써 의사와 치과의사의 면허 범위를 구분하려는 취지이다. 따라서 같은 서양의학에 기반을

둔 '의사'임을 전제로 위 외형적 기준에 따라 양적(量的)으로 면허 범위가 구분될 뿐인 '의사와 치과의사' 면허 범위의 판단기준에 대하여, 치료 부위에는 아무런 차이가 없고 '한방' 여부로 면허가 구분됨에 따라 의료기술의 학문적 원리나 방법론에 따른 질적(質的)인 차이에 근거하여 '의사와 한의사' 사이의 면허 범위 구분에 관한 판단기준을 다른 판례나 법리를 그대로 적용하는 것은 타당하지 아니하다. 그뿐 아니라 의학이 발전함에 따라 출현하게 된 새로운 의료기술을 비의료인이 사용한 경우에 관하여, 판례는 '생명 신체상의 위협이나 일반 공중위생상 위험 발생' 여부를 '비의료인이 할 수 없는 의료행위'인지 여부에 관한 주요한 판단기준으로 제시하고 있는데, 이처럼 비의료인과 의료인에게 허용되는 행위의 한계를 정하는 판례나 법리를 의료인인 의사와 치과의사의 면허 범위 판단에 관한 주요한 구별기준으로 삼는 것 역시 타당하지 않다. 나아가 의료법이 의료인일지라도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 경우에 형사처벌을 할 수 있는 규정까지 두고 있는 것도, 양자가 명확하게 구분된다는 점을 전제로 한 것이다. 그 결과 치과의사의 담당 영역에 대하여는 의사가 담당할 수는 없고, 역으로 치과의사 역시 의료법이 구별한 영역을 벗어나서 의사의 일반적 의료행위를 할 수는 없음이 원칙이다.

위와 같은 의료법의 문언·체계·취지 등에 비추어 보면, 의사와 치과의사의 면허 및 그 대상인 의료 영역을 최소한의 문언적 표지를 두어 구분한 것은, 그 개념 정의의 포괄성과 불확정성을 고려하면서도 양자 사이의 한계는 명확하게 구별하기 위한 것으로서 의료법의 근본적인 결단에 해당한다. 따라서 이러한 면허 범위의 한계는 이러한 구분을 정한 의료법 문언에 기초한 기준에 따라 명확하게 구별될 수 있도록 규범적으로 해석되어야 한다. 그렇게 해석하지 아니하면 의사와 치과의사가 할 수 있는 각 의

료행위의 구분이 불분명하게 되어 혼란을 초래하고 예측가능성을 해치게 되므로 죄형
법정주의 정신에 반하게 되는 결과를 낳게 된다.

나. 이러한 대전제를 토대로, 의료법상 의사와 치과의사의 면허 범위를 구별하는 규
범적 판단기준에 관하여 본다.

(1) '치과'의사라는 명칭 자체에서 이미 치과의사는 치과적 진료를 그 주된 임무로
하고 있음을 알 수 있을 뿐 아니라, 의료법은 명시적으로 '치과' 의료와 '구강' 보건지
도를 치과의사의 임무로 정하고 있으므로, '치과 의료'나 '구강 보건지도'의 개념을 토
대로 치과의사의 면허 범위를 판단하는 규범적 기준을 설정해야 한다.

먼저 치과 의료의 전제가 되는 치의학(dental medicine) 또는 치학(dentistry, 이하
'치의학'으로만 지칭한다)의 개념은, 치의학 교과서 등에서 통상적으로 '치아와 구강 및
그 인접 조직기관에 발생하는 질병을 예방하거나 진단하여 치료하는 원리와 방법을 연
구·활용하는 동시에, 상실된 치아기능을 재활시킴으로써 구강건강을 증진시키고자 하
는 응용과학'이라고 정의하고 있다.

한편 '구강(口腔) 보건'은 일반적으로 '치아수명이 단축되지 않도록 구강건강을 보전
하기 위하여 노력하는 자조(自助)적 행위'로 정의되고, 여기서 '구강'은 '신체 밖으로부
터 음식을 받아들이는 기관으로서 소화기관계의 첫 번째 관문'으로 정의되고 있다.

따라서 위와 같은 의료법 문언, 취지와 개념 정의에 비추어 보면, 원칙적으로 치아와
구강, 위턱뼈, 아래턱뼈, 그리고 턱뼈를 덮고 있는 안면조직 등 씹는 기능을 담당하는
치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등이 치과적 예방·진단·치료·재활의 대상이 되
는 부위라 할 것이고, 구강보건의 대상 범위 역시 치아를 포함한 구강 일체에 미친다
고 해석된다.

(2) 나아가 이러한 기본적인 의미 및 구분은 의료법이 제정된 이후 현재까지 변경되지 아니하였다고 보인다.

의료법 시행령과 시행규칙에서 '구강외과'의 명칭을 '구강악안면외과'로 변경하였지만, 이는 종전의 구강외과 시술대상에 안면 부위가 포함되어 있던 사정을 반영하여 그 명칭을 좀 더 구체화한 것에 불과하다. 또한 의료법 시행령과 시행규칙, 「치과의사전문 의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」 등이 '구강악안면외과'를 치과병원 진료과목 및 치과의사 전문과목으로, '구강악안면외과학'을 치과의사 국가시험의 시험과목으로 정하고 있지만, 이 역시 종전에 사용하던 '구강외과' 및 '구강외과학'의 명칭이 변경된 것에 불과하다.

따라서 치과의사의 면허 범위에 관하여 의료법이 개정되지 아니한 상태에서 그 시행을 위하여 마련된 하위 규범인 시행령이나 시행규칙에서 사용하는 용어나 전문과목의 명칭이 일부 변경되었거나, 보건복지부고시가 정하는 치과의사 전공의의 수련 교과과정에 일부 변동이 있었다 하더라도, 이러한 사정만을 가지고 의료법령의 취지가 치과의사의 면허 범위를 종전보다 확장하여 치과의사에게 안면 부위에 대하여 아무런 제한 없는 의료행위를 허용하려는 것으로 볼 수 없다.

(3) 결국, 치과의사 면허 범위를 확정하는 전제가 되는 의료행위는 위 (1)항에서 살펴본 부위에 대한 치과적 예방·진단·치료·재활과 구강보건(이하 이를 통칭하여 '치과적 치료'라 한다)을 목적으로 하는 의료행위를 뜻한다고 해석된다. 그리고 이러한 치과적 치료를 목적으로 하는 의료행위라면, 그 목적이 직접적인 경우뿐 아니라 간접적인 경우에도 이를 치과의사 면허 범위에 포함할 수 있다. 예컨대 치아와 구강에 대한 치과치료가 안면 부위의 조직에도 영향을 미친다면, 그 부분에 대하여 치과의사가 시

술할 수 있는 경우도 있을 것이다. 그렇지만 그 경우에도 치과적 치료 목적이라는 범위 내에서 제한적으로 허용되는 것에 불과하고, 치과적 치료 목적을 벗어나 시술이 이루어진다면 이는 치과의사의 면허 범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.

(4) 한편 새로운 의학기술의 발달에 따라, 치과 의료행위가 치과의사 고유의 치료 부위를 넘어 다른 부위에도 영향을 미치게 되는 경우도 발생하게 됨으로써, 치과의사의 고유한 담당영역과 직·간접적인 치과적 치료 목적 여하에 따라 시술이 가능한 중간적 영역 간의 경계가 불분명해지는 현상이 나타나고 있다. 그렇지만 이와 같은 중간적 영역에 관한 의료행위의 경우에도 치과적 치료와 일반적 치료가 모두 필요한 경우의 의료행위와 마찬가지로 진료 목적에 비추어 환자를 위한 최선의 진료가 무엇인지를 고려하는 한편 의사와 치과의사 사이의 협업 및 협진을 통하여 해결하여야 하며, 의사 면허와 치과의사 면허 구분 자체를 무시할 수는 없다.

그리고 새로운 기능의 의학기술이 생성되고 이를 일반적인 의료행위뿐 아니라 치과적 치료를 위하여 활용할 수 있는 경우에, 치과의사가 그 의학기술을 배우고 활용할 수 있지만, 이러한 경우에도 그 의학기술을 이용한 의료행위가 치과 의료행위의 대상이 되는 치료 부위나 치료 목적을 벗어난다면, 이는 의료법이 예정한 면허 범위를 벗어난 것으로 평가하여야 한다. 예컨대 종래에는 치아 우식증과 관련한 보존치료가 치과 의료의 주를 이루었지만, 최근에는 임플란트(implant) 시술이 보편화되었고 이같이 등을 위한 보톡스 시술이 치과 치료 목적으로 행해지기도 한다. 그렇지만 치과의사가 이러한 새로운 시술 방법을 팔, 다리 등과 같이 치과 의료의 대상이 아닌 부위에 시행한 경우에 치과의사의 면허 범위를 벗어났다고 보는 데에 별로 이견이 없을 것이며, 그렇다면 치과적 치료 목적이 전혀 없이 일반 의사에 의하여 의료행위가 이루어지는

안면 부위에 이러한 시술 방법을 사용한 경우에도 이와 달리 볼 이유가 없다.

다. 이에 비추어 보면 치과의사에 의한 구강악안면외과 의료행위 역시 앞에서 살펴본 의료법에서 정한 치과의사의 면허 범위 내에서 이루어진 경우에 허용된다고 보아야 한다. 이와 달리 구강악안면외과에서 사용하는 의술의 내용이나 구강악안면외과학을 치과대학 교육과정 및 국가시험과목에 포함하게 된 경위, 전공의 수련 교과과정의 일부 변동 등과 같은 현실을 고려하여 의료법에서 규범적으로 정한 치과의사 면허 범위를 확장할 수 있다는 것은 다음과 같은 이유로 타당하다고 볼 수 없다.

(1) 먼저 치과대학에서의 강의 내용과 국가시험과목에 구강악안면외과학 및 안면 관련 내용이 포함되어 있음을 근거로 삼는 것은 적절하지 않다. 치과의사가 되기 위하여 치과적 치료의 기초가 되는 의술을 배울 필요가 있고, 그에 적합한 의술 능력을 검증하는 것은 의료인을 양성하는 교육목적과 취지에 비추어 당연하며 필요하기도 하다. 또한 2012년에 개정된 구강악안면외과 전공의 수련 교과과정에 레이저 치료, 보톡스, 필러 치료, 안면미용성형이 세부분야별 진료내용에 포함되어 있지만, 이는 구강악안면외과 전공의가 되기 위하여 그 분야에 속하는 진료행위들과 함께 수련할 사항을 정한 것으로서, 아래에서 보듯이 위와 같은 진료들이 구강악안면외과에서의 치과적 치료 목적과 직·간접적으로 연관되는 경우가 있음을 고려하여 이를 수련하도록 한 것에 불과하다.

따라서 치과의사가 치과대학의 강의 내용·전공의 수련 교과과정이나 국가시험과목에 포함되어 있다는 사정만을 가지고 그에 포함된 모든 내용에 관하여 의사와 마찬가지로 일반적으로 시술할 수 있다고 해석할 수는 없다. 예를 들어 한의대나 간호대의 교육과정에 일반 의학에 관한 내용이 포함되어 있을 수 있고 또한 일반 의학 지식에

관한 내용이 간호학과 관련하여 간호사 국가시험 문제에 포함될 수도 있지만, 그렇다고 하여 한의사나 간호사 면허만을 가지고 해당 일반 의학 분야에 관하여 의사와 같은 의료행위를 할 수 없다는 점에 관하여 해석상 이론이 없음에 비추어 보면 더욱 분명하다. 그리고 이러한 예는 다른 전문 영역에서도 흔히 볼 수 있는데, 예컨대 법무사와 변리사 등이 법률과목을 배우거나 시험을 통하여 관련 법률지식을 검증한다고 하여도, 그 면허에서 정한 업무에 필요한 범위를 넘어서서 법률가 일반으로서의 실무를 할 수 없는 것도 같은 이유이다.

그뿐 아니라 위와 같은 취지의 해석을 긍정한다면, 이는 치과의사의 면허내용을 의료법이 정하는 것이 아니라 치과의사 또는 치과대학 등에서 자율적으로 정하고 마음대로 확장할 수 있다고 말하는 것과 마찬가지로 부당하다. 더욱이 의과대학·치과대학은 의사·치과의사의 이익과 각각 밀접한 이해관계를 가지고 있다고 할 수 있고 또한 해당 분야의 국가시험 출제자 역시 그러한 관계를 가지고 있는 경우가 대부분일 것으로 보이는 사정에 비추어 보면, 의료시장 상황의 변화에 따라 특정한 의도를 가지고 새로운 분야를 교육과정에 편입하거나 시험출제에 포함시킬 여지가 존재하고, 그 결과 의사와 치과의사 면허를 준별하는 의료법의 기본적 전제를 무너뜨릴 우려가 있게 된다는 점에서도 타당하지 않다. 그리고 치과대학 등의 교육과정이나 국가시험 등이 변경되어 새로운 시술이 포함됨으로써 그 시술과 관련된 생명·신체나 일반 공중위생에 발생될 수 있는 위험을 방지할 수 있게 되었다는 것을 치과의사에게 그 시술이 허용될 수 있는 주요 근거로 삼는다면, 그 전까지 그 시술이 제한되었고 변경된 교육과정 등도 거치지 아니한 종전의 치과의사들의 면허 범위에 그 시술을 포함시켜서는 아니 될 것이다.

(2) 일반적인 치의학 개론서에서도 '악안면'의 문자적 의미가 턱과 안면을 의미하는 것과는 달리 치의학계에서 '악안면'의 의미는 "상악골과 하악골 및 상하 악골을 덮고 있는 안면조직을 말한다"고 기술하고 있고, 보톡스와 같은 새로운 기술이 나타나기 이전인 1990년대에 간행된 구강악안면외과 교과서에서도 위와 유사한 취지로 기술하고 있음을 발견할 수 있다. 따라서 치의학계나 치과의사 스스로도 전통적 의미의 '악안면'은 치아와 악구강계에 한정되는 의미로 이해하고 있었다고 보인다.

(3) 구강악안면외과는 구강외과에서 출발하여 명칭이 변경된 것으로서 악안면과 구강에서 발생한 병소에 대하여 외과적인 치료를 주된 치료분야로 하는 전문 과목의 일종인데, 치과적 치료 관련 의술의 발달로 악안면 부위에 대한 해부학적 이해와 관련 의학적 지식의 연구·습득의 필요성 및 중요성이 점점 더 커지고 있다.

그러나 이 경우에도 역시 의학과와 의 영역 한계는 엄연히 존재한다고 보아야 한다. 즉, 같은 안면 부위에 관한 의료행위에 해당한다 할지라도, 그 '치료 목적'에 따라 치과의사의 면허 범위로서 허용되는 의료행위인지 여부가 결정된다. 예컨대 이비인후과·안과·피부과의 경우에 그 진료 대상은 모두 안면 부위로서 진료 부위만을 가지고 보면 치과의사와 중첩될 여지가 있고, 갑상선, 혀와 같은 기관 등이 문제될 경우에도 마찬가지로 지일 수 있지만, 이러한 경우 치료 목적이라는 기준에 따라 그 면허 범위에 속하는지 여부 및 그 한계를 벗어나는지 여부를 구분할 수 있고, 실제로 그동안 이러한 기준에 따라 특별한 문제없이 의사와 치과의사가 구분하여 의료행위를 하여 왔다. 즉 치과적 치료 목적을 위하여 치과의사의 악안면 부위에 대한 의료행위가 허용될 수 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로 악안면 부위가 치과의사의 고유한 배타적 치료 영역이 된다고 할 수는 없고, 일반 의사의 악안면 부위에 대한 의료행위가 모두 금지된다고 할

수도 없다.

이는 안면 부위가 치과 치료의 목적과 직·간접적으로 연관됨으로써 그 부분에 대한 치과의사의 시술이 허용된 것에 불과할 뿐, 안면 부위를 두고 치아와 마찬가지로 치과의사가 배타적으로 전담할 고유 영역에 해당하는 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 의사와 치과의사 면허를 구분하고 있음에도 치료 목적이 중첩됨으로 인하여 양자 사이의 중첩적 영역이 발생할 경우에는 앞에서 본 것과 같이 협업을 통해 환자를 위한 최선의 진료와 시술을 결정함으로써 문제를 해결하도록 하면 충분하며, 면허 구분의 기준이 되는 치료 목적을 넘어서는 진료행위를 무조건 허용하거나 어느 한 쪽에 대하여만 배타적으로 면허를 인정하여 해결할 것은 아니다. 예컨대 씹는 기능에 영향을 미치는 구강과 턱뼈 내부에 발생한 염증 등의 치료과정에 부수적으로 안면 부위의 수복·재건이 이루어지는 경우에는 치과적 치료를 간접적 목적으로 하는 의료행위에 해당하기 때문에 면허 범위 내의 것으로서 허용된다고 할 수 있으며, 다만 그 경우에도 안면 부위의 수복·재건에 더 적합한 의료분야의 전문의가 있다면 그 도움을 받는 것이 환자를 위한 최선의 진료가 될 것이다.

(4) 의사와 치과의사의 면허를 구분하고 있는 외국에서도, 치과 의료행위를 치아와 구강을 포함한 턱 부분에 한정하거나, 구강악안면외과를 진료하는 의사에 대하여는 의사와 치과의사의 이중면허를 요구하고 있는 경우도 상당수 있음에 비추어 보면, 결국 치과의사에게 허용되는 구강악안면외과의 진료범위는 각 나라별로 개별적인 사정을 고려하여 결정되는 입법정책의 문제에 속하는 것에 불과하다.

(5) 따라서 구강악안면외과의 진료대상에서 안면부가 배제되지 않고 있다는 사정만으로 곧바로 안면부 전체에 대한 모든 시술이 모든 치과의사의 면허 범위에 해당한다

는 결론을 도출할 수는 없다. 치과의사가 치아·구강이나 턱뼈를 둘러싼 안면부를 벗어난 안면 부위에 대하여 일정한 의료행위를 할 수 있는 이유는 그 부분이 당연히 면허 범위 내에 속하는 부위에 해당하기 때문이 아니라, 그 의료행위가 의료법에서 허용하는 치과적 치료를 직접적 또는 간접적 목적으로 한 것이기 때문이다.

구강악안면외과의 진료분야에 보철 전 성형수술, 얼굴 기형증 성형술, 안면골 골절치료, 안면미용성형 수술 등이 포함되어 있다 하더라도, 치과의사에 의한 이러한 시술 역시 치아의 배열이나 씹는 기능 등에 영향을 미칠 수 있어 직·간접적인 치과적 치료 목적이 인정되는 범위 내에서 허용된다. 반면, 이러한 치과적 치료 목적과 전혀 무관한 시술, 예를 들어 이른바 '쌍꺼풀 수술' 등까지 당연히 치과의사에게 허용될 수 있는 구강악안면외과 진료분야로서의 '안면미용성형 수술'에 포함된다고 볼 수는 없다.

그러므로 구강악안면외과의 진료대상에서 안면부 전체가 배제되지 않는다는 사정은 치과의사 면허 범위를 결정하는 필요 충분한 논리적 전제가 될 수 없다.

라. 이와 더불어 치과의사가 안면 골절 등 외상 치료를 한다거나 이에 관하여 요양급여가 지급되는 사례가 있다 하더라도, 이러한 사정들만을 가지고 치과의사의 면허 범위를 달리 볼 수 없다.

(1) 응급의료에 관한 법률 제2조는 제1호에서 "질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 사람"을 '응급환자'로 규정하고, 그 위임에 따라 응급의료에 관한 법률 시행규칙 제2조 제1호 [별표1]에서는 응급증상에 준하는 외과적 증상으로 '골절·외상·탈골·출혈(혈관손상)' 등을 들고 있다. 나아가 응급

의료에 관한 법률 제2조 제4호는 관계 법령에서 정하는 바에 따라 취득한 면허 또는 자격의 범위에서 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 의료인과 응급구조사를 '응급의료종사자'로 규정하는 한편, 제5조의2는 응급의료종사자가 아닌 사람 등의 경우에도 생명이 위급한 응급환자에게 응급의료 또는 응급처치를 제공하여 발생한 상해에 대하여 민·형사상 책임을 면하는 면책조항을 두고 있다.

이러한 법령 규정에 비추어 보면, 안면 골절이나 부상을 당한 사람도 응급환자에 해당하고, 치과의사가 이러한 사람에 대하여 그 치료를 위한 의료행위를 할 경우에 그 면허 범위를 벗어난 것이더라도 면책될 수 있을 것이다. 나아가 단순한 창상 치료, 소독 및 상처부위 보호는 의사가 아니더라도 사회상규상 허용될 수 있는 경우도 있다. 게다가 전시(戰時)에 치과의사가 안면부 골절 등 외상 환자를 치료하는 것은 대표적인 응급의료에 해당할 것으로 보이고, 형법상 '정당행위'에도 해당할 것이므로, 이러한 사정 역시 적절한 논거로 보기는 어렵다.

(2) 또한 안면 부위의 골절 등 치료에 대하여 건강보험급여가 이루어진 사례가 있다 하더라도, 이것이 치과적 치료와의 관련성 여부 및 응급의료 여부를 제대로 심사하여 평가된 것이라는 점이 뚜렷하지 않음에도 불구하고, 단순히 보험급여가 이루어졌다는 결과만을 가지고 치과의사의 면허 범위 판단기준에 고려할 사정으로 삼는 것은 부적절하다.

마. 이상에서 살핀 것과 같은 의사와 치과의사의 면허 범위를 구분하는 규범적 판단 기준에 관한 법리에 따라, 치과의사인 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름을 치료한 행위가 치과의사에 대하여 면허된 것 이외의 의료행위에 해당되는지에 관하여 본다.

(1) 피고인이 시술한 부위는 눈가와 미간으로서 치아와 관련된 악안면 부위라 할 수 없으므로, 치과적 치료의 대상이 되는 부위를 벗어난 것임이 분명하다. 그뿐 아니라, 그 시술 목적은 눈 주변의 주름을 해소하려는 것으로서 치아 기능에 관한 예방·진단·치료·재활 등의 치과 치료 목적을 수반하였다거나 구강보건의 일환으로 이루어진 시술이 아니다.

그리고 의사와 치과의사가 동일한 의학적 원리에 기초하여 유사한 의료기술을 사용함에도 의사와 치과의사의 면허를 구분하고 나아가 면허 범위를 위반한 의료행위를 금지하고 있는 의료법의 정신에 비추어 보면, 보톡스 시술이 치과의사가 치과적 치료 과정에서 사용하며 그 시술에 관하여 치과의사가 교육을 받았다거나 의사의 동일한 의료행위에 비하여 더 큰 위험을 발생시킬 우려가 있다고 보기 어렵다 하더라도, 이러한 사정들만을 가지고 치과적 치료를 위한 것인지 여부를 가리지 아니하고 치과의사에 의한 보톡스 시술이 일반적으로 허용된다고 할 수 없으며, 이와 다른 해석은 의료법에 정면으로 배치된다.

따라서 치과의사인 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름을 치료한 행위는, 치과의사에 의한 구강악안면외과적 시술의 허용 범위에 관한 논의와 상관없이, 의료법에서 정한 치과의사의 면허 범위를 넘는 행위임이 명백하다.

그렇다면 원심이 같은 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 의료법상 치과의사에 게 면허된 것 이외의 의료행위인지 여부에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

(2) 그럼에도 다수의견이 치과적 치료를 벗어났음이 명백한 행위를 두고 치과적 치료에 포함시킨 것은 의료법의 해석의 범위를 넘는 것으로서 입법적 조치와 마찬가지로, 의료법이 명확하게 규정한 의사와 치과의사의 면허 범위의 경계를 허무는 것이다.

바. (1) 다수의견은, 치과의사의 의료행위가 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지는 구체적 사안에 따라 의사와 치과의사의 면허를 구분한 의료법의 입법목적, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정과 취지, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 등의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다고 추상적으로 판시하고 있을 뿐, 의사와 치과의사의 면허를 구분하는 구체적인 기준이 무엇인지는 밝히고 있지 않다. 그 결과 주름을 치료하기 위하여 눈가와 미간에 보톡스를 시술한 이 사건 피고인의 행위에 대하여, 안면부에 대한 의료행위라는 이유만으로 치과 의료행위 대상에서 배제할 수 없고, 치과대학이나 치과전문대학원에서 악안면에 대한 진단 및 처치에 대하여 중점적으로 교육하고 있으므로 치과의사의 안면에 대한 보톡스 시술이 의사의 동일한 의료행위와 비교하여 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 더 큰 위험을 발생시킬 우려가 있다고 보기 어렵다는 사정을 주요 근거로 들어 '치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위'라고 볼 수 없다고 결론짓고 있으며, 치과의사가 보톡스를 이용하여 시술할 수 있는 면허된 의료행위의 범위 내지는 그 시술의 한계에 관하여는 구체적인 판시가 없다.

(2) 그런데 이와 같이 의사와 치과의사의 면허를 구분하는 기준을 구체적으로 밝히지 아니하고 '치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지 여부를 개별적인 사안에 따라 판단하는 것은 의료법에서 정한 면허 구분에 관한 최소한의 경계와 기준을 모호하게 만들며, 나아가 그와 같은 모호한 기준에 따라 면허 범위를 벗어난 의료행위를 처벌하게 되어 법적 안정성이나 예측가능성을 해치므로 죄형법정주의 정신에 위배된다.

의사와 치과의사의 면허 범위를 구별하는 기준은 의료법에 기초하여 규범적으로 판단하여야 하며, 결국 의료법에서 명문으로 정하고 있는 치과의사의 임무, 즉 '치과 의료와 구강 보건지도'에 해당하는지 여부가 기준이 되어야 한다. 그럼에도 치과대학 등의 교육·수련과정이나 국가시험 과목 등의 변경 등과 같은 현실의 변화에 따라 치과의사의 면허 범위가 확장될 수 있다고 보거나, 그러한 현실을 면허 범위 이탈 여부의 판단에 관한 주요 근거로 삼는다면, 이는 교육기관 등이 임의로 정한 교육과정 등에 의하여 의료법에서 정한 치과의사의 면허 범위를 변경하자는 것과 마찬가지로 의료법에 위배되므로 받아들일 수 없다. 이처럼 법률이 거칠게나마 명확하게 정한 기준이 있음에도 현실적 상황을 끌어들이어 법률이 정한 기준을 무너뜨리거나 변경하는 것은, 받아들이기 어려울 뿐 아니라 그 현실적 상황은 결국 치과의사들이 형성한 현실에 불과하여 이를 치과의사 면허 범위에 관한 규범적 판단기준의 변경 근거로 삼는 것이 정당하다고 볼 수도 없고, 더 나아가 그로 인하여 향후 치과의사의 면허 범위가 확장될 여지가 무궁무진하게 되며, 이를 막기도 어렵게 될 것이다.

(3) 나아가 이 사건에서의 쟁점은 치과의사가 치과적 치료 목적으로 보톡스를 사용하는 것이 허용되는지에 관한 것이 아니라, 치과적 치료 목적과 전혀 관련이 없음이 명확한 눈가나 미간에 대한 보톡스 시술을 시행할 수 있는지와 주로 관련된 것이다. 그런데 다수의견에 의하더라도 치과의사의 의료행위가 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지는 사회통념에 의하여 판단하여야 할 터인데, 눈 주변의 주름을 치료하거나 안면 부위 전체에 걸쳐 레이저치료를 시행하는 등의 의료행위가 치과의사도 시행할 수 있는 것으로서 허용되고 있다는 점이 객관적인 사회통념상 널리 받아들여지고 있다고 볼 수는 없다.

게다가 보톡스 시술을 시행할 수 있는 일반 의사나 피부과·성형외과 의사의 수가 그 수요에 비하여 부족하다고 볼 자료도 없고, 치과의사의 보톡스 시술에 관한 전문성이 의사의 전문성을 상회한다고 볼 수도 없는 상황에서, 단순히 보톡스 시술을 안면 부위에 전면적으로 시행할 수 있는 '의료인'의 수(數)만을 증가시킴으로써 얻어지는 편익이, 의사와 치과의사를 준별하여 각자의 전문성을 높이고 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 누릴 수 있게 하려는 의료법의 근본적인 결단을 무너뜨리거나 변경할 만큼 크다고 볼 수도 없다. 이처럼 법률이 별개의 자격을 정하고 면허 범위를 구분하고 있고, 문제된 특정 시술이 치과적 치료와 간접적 관련조차 없음이 명백함에도 불구하고 단순히 치과의사가 그러한 시술을 시행할 능력이 된다고 보아 그 자격 제도의 근간을 허무는 것은 입법적 조치와 같은 것으로서 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.

따라서 이러한 관점에서 보아도, 다수의견이 사회통념과 달리 앞에서 본 현실적 사정만을 이유로 들어 치과적 치료 목적과 아무런 관련이 없는 안면 부위 전체에 대한 보톡스 시술까지 치과의사의 면허 범위 내로 보아 허용하는 것은 받아들일 수 없다.

(4) 그뿐 아니라 다수의견에 의하면, 치과의사의 안면부에 대한 전통적 방식의 외과 수술을 공식적으로 전면 허용하는 결과를 가져오게 되고, 안면부와 관련되는 새로운 시술이 교과과정이나 수련과정에 편입되는 한도에서 사실상 치과의사의 안면부에 관한 모든 시술을 허용하는 것과 마찬가지로의 결과에 이를 수 있다. 설령 그 시술에 '공중위생상 위험'이 있는지 여부나 의사보다 더 그 위험을 발생시킬 우려가 있는지 여부라는 추가적 기준으로써 치과의사의 면허 범위를 벗어나는지 여부를 판단할 여지가 있다 하더라도, 그 시술 방법이 치과대학 등의 교과과정이나 수련과정에 포함되어 있다면 그 위험이 의사보다 크지 않다고 판단하게 될 개연성이 높기 때문이다. 결국 이에 따르면

치과대학 등의 교과과정에 포함되어 치과적 치료에 사용될 수 있는 새로운 시술 방식에 의한 안면 부위의 여드름·화상 치료, 치과적 치료에 사용될 수 있는 새로운 성능의 기계를 이용한 안면 부위 박피시술, 탈모치료 시술 등이 모두 면허 범위를 벗어나지 아니한다거나 '치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위'가 아니라고 판단하게 될 것이다. 그러나 이러한 결과는 의료법이 예정한 범위를 넘는 것으로서 합리적이라고 할 수 없어 받아들이기 어렵고, 객관적인 사회통념에도 부합하지 않는다. 나아가 특정 시술이 치과대학 등의 교과·수련과정에 편입되어 있다면, 다수의견은 결국 특정 시술이 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 발생할 수 있는 위험이 있는지를 주된 기준으로 하여 치과의사 면허 범위 해당 여부를 판단하게 될 터인데, 의학적 관점에서의 '위험성 유무'를 규범적 판단인 사법심사의 주된 대상으로 삼는 태도 역시 바람직하다고 볼 수 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 이상훈, 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 보충의견은 다음과 같다.

가. 반대의견은, 의료법이 치과의사의 임무에 관하여 '치과' 또는 '구강'이라는 문언을 두어 의사와 달리 규정한 것은, 의학과 치의학이 명확하게 구분됨을 전제로 하여, 양자를 치료 부위나 치료 목적이라는 외형적 기준에 따라 구별하려는 의료법의 근본적 결단에 의한 것이고, 의료법 문언을 기준으로 양자를 명확하게 구별할 수 있도록 규범적으로 해석할 때, 치과의사의 면허 범위는 치료 부위에 있어 치아·구강·턱뼈, 그리고 턱뼈를 둘러싼 안면부 등 치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등으로 원칙적으로 한정되고, 안면부에 대한 시술은 치과적 예방·진단·치료·재활과 구강 보건이라는 치과

적 치료를 직접적 또는 간접적 목적으로 하는 범위에서만 허용되므로, 치과의사인 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름을 치료한 행위는 의료법에서 정한 치과의사의 면허 범위를 넘는 행위임이 명백하다고 하면서, 다수의견을 반박하고 있다.

그러나 죄형법정주의의 원칙상 이 사건 처벌 대상인 면허된 것 이외의 의료행위의 의미를 해석함에 있어서는 엄격한 기준에 따라야 한다. 현행 의료법령의 연혁·내용·체계 및 의료 기술의 발달과 의료 환경의 변화 등에 비추어 볼 때, 입법자는 의료행위와 치과 의료행위의 엄격한 준별이나 명확한 개념정의에 관한 입법적 결단을 내리지 않았고, 그에 따라 양자 사이의 중간적·혼합적·중첩적 영역이 존재할 수 있다. 이 사건 공소사실인 피고인의 행위가 그와 같은 영역에 해당할 여지도 충분하다. 이러한 점에 있어서도, 이 사건에 있어 다수의견이 타당한 결론이다.

한편, 반대의견은 다수의견에 의할 때 치과의사의 안면부 치료가 전면적으로 허용될 수 있다고 비판하나, 치과의사의 안면부 진료범위가 문제되는 경우 이 사건에서의 법리에 따라 사안별로 판단하여야 한다는 것이 다수의견의 명확한 취지이므로, 반대의견이 우려하는 바와 같은 해석의 여지는 없다고 할 것이다.

나. 치과의사에게는 허용되나 의사에게는 허용되지 아니하는 치과의사만의 고유하고 독자적인 진료영역이 존재하고, 반대로 의사에게는 허용되나 치과의사에게는 허용되지 아니하는 의료행위 또한 존재한다. 그러나 의료행위 개념은 고정 불변인 것이 아니고, 의학과 치의학은 그 학문적 원리가 유사하여 그 경계를 명확하게 구분하기 어려운 경우가 있을 수 있다. 이에 더하여 아래에서 보는 각 사정까지 고려해 보면, 의사의 면허된 범위인 '의료'와 치과의사의 면허된 범위인 '치과 의료'의 각 업무영역이 반드시 서

로 배타적이라거나 그 경계가 자명하게 구분된다고 보기 어려운 경우도 있을 수 있고, 이로 인하여 양자 모두의 진료영역에 해당하는 의료행위가 존재할 여지도 충분하다.

(1) 의료행위의 내용은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수밖에 없고, 그러한 의료 수준의 진보는 지속적으로 기대되고 지향되어야 한다. 의학적 전문지식과 기술 및 이에 대한 교육과정의 발전으로 의료인의 전문성이 강화되고 있고, 각 의료직역의 지식과 영역이 확대됨에 따라 각 의료직역 사이 또는 그 전문과목 사이에서 업무가 중첩되는 경우가 나타나고 있다.

이를테면 치과 진료영역에서 고안되고 발전된 것으로 알려진 양악 수술이 성형외과에서 시행되고 있는가 하면, 성형외과에서 시행되는 구순구개열 수술이 치과에서도 이루어지고 있는 의료 현실은 이를 뒷받침한다. 여기에 의학의 발전에 따라 종래 필수적으로 치료의 대상이 되지 않았던 영역인 미용과 건강에까지 의료직역이 폭넓게 확대되고 있는 현상 등을 포함하여 의료 환경의 급속한 변화가 지속되고 있고, 현대의학에서는 의료 기술의 유기적 발달과 접목 현상에 따라 복수의 직역이 함께 관여하게 되는 중간적·혼합적·중첩적 진료영역이나 그에 적합한 진료방법이 불가피하게 출현·존재하게 된다.

이러한 현대의학의 특성과 현상으로 인하여 의료직역 담당자 사이의 협진만으로는 그 신속·긴급성을 충족시키기 어려운 경우도 있고 직역의 엄격한 구분 자체가 의료 기술의 발달과 특정한 진료분야의 전문성을 오히려 저해할 수도 있다.

(2) 이 법원의 참고인 의견조회에 따라 제출된 보건복지부의 의견조회 회신결과에 의하면, 보건당국은 의료법령에서 의료행위와 치과 의료행위의 범위를 구체적으로 정하지 않은 이유에 대하여, 의료행위의 개념을 법률에 명시하면 의료 기술이 발전하여

의료행위의 내용이 변화한 경우 현실과 괴리된 상태로 규정되어 오히려 의료분야의 발전을 저해할 우려가 있기 때문이라는 의견을 밝히고 있다. 이것 역시 의료 환경의 변화에 따라 의료행위와 치과 의료행위 사이의 중간적·혼합적·중첩적 영역이 출현할 가능성을 뒷받침한다.

다. 의료법 제2조에서 치과의사의 임무로 규정한 '치과 의료'에서 '치과'라는 단어가 갖는 사전적 의미는, '이와 그 지지 조직 및 입안의 생리·병리·치료 기술 등을 연구하는 학문분야'를 말한다. 그러나 이러한 사전적 정의나 통상적인 언어의 용법에 딱 들어맞는 분야에 한정하여 치과 의료영역을 설정할 수는 없다.

의료법령은 의료 환경의 변화와 발전을 염두에 두고 의료행위에 대한 적극적인 정의 규정은 물론 치과의사와 의사의 면허된 의료행위의 개별적·구체적인 내용이나 그 명문의 구분 기준을 정하고 있지 아니하다. 결국, 치과 의료 면허의 범위 안에 포섭되는 의료행위가 어디까지인지는 그에 관한 규정이 공백 상태여서 온전히 해석에 맡겨져 있는 셈이다.

다른 법제의 경우를 살펴보아도, 치과의사에게 면허된 의료행위의 범위에 있어 국가마다 차이가 있으며, 구강 및 턱 부분 이외의 안면부에 대한 치과의사의 진료가 허용되는지, 그 허용되는 의료행위의 구체적인 내용이나 진료를 위한 추가적인 자격 또는 교육이 필요한지 등도 제각각 다르다. 특히 구강악안면외과학의 경우, 관련 국제학회나 외국의 관련 의사협회는 구강악안면외과의 치료영역에 구강이나 턱뿐 아니라 안면을 포함시키고 있고, 상당수의 외국에서는 안면부를 치과에 속한 구강악안면외과의 진료 범위로 허용하고 있다. 따라서 해당 법제별로 의료실무와 의료제도를 고려하지 않고서는 치과의사의 면허된 의료행위의 정확한 범위를 설정할 수 없다.

비록 의료법 제2조에서 치과 의료와 구강 보건지도를 치과의사의 임무로 규정하고 있지만, 구강악안면외과의 의료법령 체계로의 편입 시기와 경과, 그에 따른 의료실무에서 실시되는 진료영역, 임상의학에서의 진료 상황, 의료 기술의 발달과 의료 환경의 변화에 따라 각 진료영역이 담당하는 임상적 진료 범위가 확대되고 있는 사정 등에 비추어, 위 규정은 치아와 구강이 치과의사의 전형적·핵심적인 진료영역으로서 치과의사의 면허 대상의 중심이 된다는 뜻으로 해석하여야 하고, 치과의사에게 면허된 의료의 범위를 사전적 의미만을 토대로 설정하는 것은 입법취지에도 부합하지 아니한다. 이는 의료법이 치과 의료의 진료영역을 치아나 구강 또는 그와 직접 연결된 안면부로 한정하고 있다고 볼 만한 규정을 두고 있지 않은 점에서도 그대로 드러나 있다.

라. (1) 한편, 형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다. 어떤 형벌조항의 포섭범위가 불분명하여 공소가 제기된 행위가 범죄를 구성하는지 명확하게 가릴 수 없는 경우라면 그러한 행위는 처벌할 수 없다고 보는 것이 옳다.

의료인에 대하여 금지되는 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 위반행위를 해석하는 때에도, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 어긋나지 아니하도록 그 포섭범위를 지나치게 광범위하게 해석하여서는 아니 되고, 위 법률 조항이 금지하고 있는 면허된 것 이외의 의료행위에 대하여 충분한 예측가능성을 가질 수 있도록 헌법합치적으로 엄격하게 해석하여야 한다.

(2) 치과의사에게 허용되는 의료행위의 영역은 한 국가의 입법정책에 속하는 문제로서 개별 사안마다 법원의 해석으로 가리기보다는 입법적으로 해결하는 것이 바람직하

나, 우리 의료법 등 관련 법령에는 의사에게 면허된 의료행위와 치과의사에게 면허된 치과 의료행위의 정의와 그 명확한 경계에 관한 입법적 결단이 없다. 또한 의료실무 등에 있어 치과의 영역이 치아와 구강 이외에 뼈로서의 턱과 연조직으로서의 안면으로 확대되고 있어 안면부의 보톡스 시술에 관하여 의료영역과 치과 의료영역이 중첩될 여지가 있다. 따라서 치과의사가 환자의 눈가와 미간에 보톡스를 시술하는 행위가 그 면허받은 범위에 속하는지, 그 영역 밖의 의료행위인지를 선형적으로 명확하게 판단하기는 쉽지 않다.

(3) 이러한 원칙 및 사정을 바탕으로 살펴보면, 의료법 제2조 제2항이 치과의사의 임무를 치과 의료와 구강 보건지도로 규정하여 치과 의료행위가 치아를 포함한 구강에 관련된 의료행위만을 의미하는 것으로 해석할 여지가 있다거나, 일부 치의학서적에서 '치과학'을 '치아, 구강 조직 및 그 주위 조직에 관한 학문'으로, '악안면'을 '상악골과 하악골 및 이를 덮고 있는 안면 조직'으로 정의하고 있다 하더라도, 형벌법규인 의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항 중 '치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위'를 해석할 때 법령에서 치과의 한 분야로 정한 구강악안면외과의 진료영역 중 안면부가 제외된다고 단정할 수는 없는 것이다.

(4) 결국 의료법 제27조 제1항에서 금지하는 면허된 것 이외의 의료행위를 해석함에 있어서 이 사건 공소사실과 같이 치과의사가 환자의 눈가와 미간에 보톡스를 시술하는 행위가 치아나 구강 조직과 직접 연결되어 있지 아니한 안면부에 대한 것이라는 이유만으로 국가로부터 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다거나 치과의사가 치과 의료에 관한 전문지식과 기술을 검증받은 범위를 벗어났다고 해석하는 것은 실질적으로 죄형법정주의의 핵심인 명확성의 원칙에 반하는 것으로서 쉽게 허용될 수 없다.

(5) 또한 앞서 본 바처럼 의료영역은 전통적인 치료의 범위를 넘어 심미적 목적의 미용과 정서적 건강에까지 확대되고 있고, 의료와 치과 의료 사이의 중간적·혼합적·중첩적 영역이 불가피하게 출현할 수 있다. 이에 더하여 진료행위가 온전히 기능적 목적 또는 심미적 목적만을 갖는 경우도 있고, 양자의 성격을 겸유하는 경우도 있을 수 있는 점 등에 비추어, 치과의사의 진료행위가 전통적인 의미의 치과적 예방·진단·치료·재활치료 목적이 아닌 미용 목적이라는 이유만으로 면허된 것 이외의 의료행위라고 보아 형사처벌하는 것은 위 헌법적 요청에 비추어 받아들이기 어렵다. 이는 의료법이 어떠한 진료행위가 미용 목적이라는 이유만으로 이를 치과의사의 치과 의료행위에서 배제하는 규정을 두지 아니하고 있는 점에서도 그러하다.

마. 이와 같은 해석은 다수의견이 설시한 사정에 더하여 다음과 같은 사정을 고려할 때, 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 하여 국민의 건강을 보호하고 증진한다는 의료법의 입법목적이나 의료행위와 치과 의료행위를 구별하는 입법취지에도 반하지 아니한다.

(1) 의사와 치과의사의 면허를 구분하여 면허된 것 이외의 의료행위를 한 의료인을 처벌하는 이유는 의료인이라도 체계적인 교육을 받고 국가로부터 의료에 관한 전문지식과 기술의 검증을 받은 영역에서 벗어난 의료행위를 할 경우 발생할 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하려는 데에 있다. 따라서 미간에 보톡스를 시술하는 행위가 그 대상 부위나 구체적 태양 등에 따라 치과의사로서의 전문지식과 기술의 검증을 받은 영역에서 벗어나 보건위생상의 위험을 발생시킬 우려가 있으면 그에 대한 처벌의 요청을 고려할 수 있을 것이다.

한편, 의료인은 기본적인 의학적 전문지식과 기술을 익힌 사람으로서, 그 면허 범위

를 넘어서 의료행위를 하더라도 국가로부터 의료에 관한 면허조차 받지 아니한 사람이 의료행위를 할 때와 비교하여 그 위험성이 상대적으로 낮다고 볼 수 있다. 의료인인 피고인이 한 시술이 치과외사의 면허된 것 이외의 의료행위인지가 쟁점인 이 사건에 있어서는, 이와 같이 위험성의 정도가 상대적으로 다르다는 사정도 참작될 수 있다.

(2) 환자의 수술과 같이 신체에 대한 직접적 침해가 이루어지는 의료행위를 할 때는 질병의 증상을 정확히 진단하고 최적의 치료방법을 선택하여 의료행위의 안전성과 유효성을 확보하는 한편 통상적으로 수술에 수반될 수 있는 부작용이나 합병증에 적절하게 대처할 수 있는 전문 의료지식과 기술이 중요하다. 그러나 이 사건에서 문제가 된 보톡스를 이용한 시술은 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있고, 비록 그 약제의 성분이나 시술방법으로 인하여 신체에 부작용을 발생시킬 우려가 있는 의료행위라 하더라도, 신체에 초래할 수 있는 위험이 심각하여 고도의 전문성이나 특화된 숙련도가 요구되는 정도의 의료행위라고까지 보기는 어렵다. 또한 이를 형사처벌하는 방법으로 규제하지 아니하면 안 될 만큼 그로 인한 부작용이 심각하다거나 국민 보건에 현실적인 위해가 야기되고 있다고 볼 충분한 증거도 찾아보기 어렵다.

바. 한편 반대의견은, 다수의견이 치과외사의 안면부에 대한 전통적 방식의 외과 수술을 공식적으로 전면 허용하는 결과를 가져오고, 안면부와 관련되는 새로운 시술이 교과과정에 편입되는 한도에서 사실상 치과외사의 안면부에 관한 모든 시술이 허용될 수 있다는 취지나 마찬가지로, 그에 따르면 새로운 시술 방식에 의한 안면 부위의 여드름·화상 치료, 새로운 성능의 기계를 이용한 안면 부위 박피시술, 탈모치료 시술 등을 모두 치과외사 면허 범위 내라고 판단하게 될 것이라고 비판하고 있다.

그러나 다수의견은 치과외사의 안면부 치료를 일반적으로 무한정 허용하겠다는 취지

가 아니고, 반대의견이 언급한 행위에 대하여 치과의사의 면허 범위 내라고 판단한 것도 아님은 그 판시에 의할 때 명확하다.

즉 다수의견은 치과에서 이미 사각턱의 교정, 이갈이 및 이 악물기의 치료 등 다양한 치과적 치료를 위하여 보톡스를 사용하고 있고, 그러한 시술이나 진료행위와 비교할 때 안면부에 대한 보톡스 시술이 특별히 위험하다거나 더 높은 전문적 지식과 기술이 필요하다고 인정할 자료가 없는 점, 전문 직업에 대한 체계적 교육 및 검증과 규율이 이루어지는 점, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료소비자의 선택가능성을 널리 열어두는 방향으로 관련 법률규정을 해석하는 것이 바람직한 점 등 여러 구체적 사정을 들어, 현행 의료법령의 해석상 눈가와 미간에 한 보톡스 시술은 치과의사의 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수는 없다고 판단하였을 뿐이다.

반대의견에서 언급한 행위가 치과의사의 면허 범위 내의 의료행위인지, 면허된 것 이외의 의료행위인지는, 각 문제가 되는 사안별로 이 사건에서 실시된 법리를 토대로 개별적·구체적 사정에 따라 판단되어야 하는 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

7. 반대의견에 대한 대법관 김신의 보충의견은 다음과 같다.

다수의견에 대한 보충의견은, 치과의사와 의사의 면허 범위에 속하는 의료행위의 개념이나 그 구분 기준에 관한 의료법의 입법적 결단이 없다는 전제하에, 치과의사가 환자의 눈가와 미간에 보톡스를 시술하는 행위를 면허된 것 이외의 의료행위로 보아 처벌하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로 허용될 수 없다고 지적하고 있다.

그러나 의료법이 '의료행위'의 개념을 정하는 규정을 별도로 두고 있지 않지만, 의사와 치과의사, 의료와 치과 의료를 명확하게 구별하는 명문의 규정을 두고 있고, 이러한

명문 규정이 '치과'의 해석에 대한 명확한 지침을 제공하고 있으므로, 이에 따라 '치과' 의료행위를 해석할 수 있고, 의사와 치과의사 면허 범위의 구분도 충분히 가능하다. 예컨대 일반 의사가 잇몸질환에 대한 치료를 할 수 없고, 치과의사가 탈모치료를 할 수 없는 이유도, 바로 의료법이 의사와 치과의사 면허 범위에 관하여 위와 같이 명확한 구분을 두고 있기 때문이다. 따라서 의료법상 의료행위와 치과 의료행위 사이의 구분에 관한 입법적 결단이 존재하지 않는다고 볼 수 없다.

그런데도, 다수의견에 대한 보충의견이, 피고인의 이 사건 행위를 '치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위'에 해당한다고 주장하는 것이 죄형법정주의에 반한다고 보는 것은 받아들일 수 없다.

의료법이 치과의사의 면허 범위로 치과 의료와 구강 보건지도를 규정하고 있음에도, 다수의견에 대한 보충의견의 논리는, 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름을 치료한 행위를 한 것을 두고 의료법 위반으로 판단하게 되면 죄형법정주의의 원칙에 위배된다는 것이다. 만약 그와 같은 논리를 끝까지 관철하면, 의사와 치과의사의 면허 범위가 명확하지 않다는 이유 때문에, 치과대학에서 스스로 교육과정에 편입하기만 하면 치과의사는 의사의 면허 범위에 속하는 어떠한 의료행위를 하더라도 죄형법정주의의 원칙에 비추어 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 이러한 결론은 사회통념에 비추어 보더라도 합리적이라고 볼 수 없고, 다수의견조차 수용할 수 없을 것이다.

죄형법정주의 원칙은, 법률이 명확한 규정을 두고 있지 않는 등으로 인하여 공소 제기된 행위가 범죄를 구성하는지 여부를 명확하게 가릴 수 없는 경우에 처벌할 수 없도록 하는 국면에서 작용하는 것이지, 법률이 명확한 규정을 두고 있고 그 해석이 분명

하게 도출될 수 있는 이 사건과 같은 경우에 피고인에게 유리한 방향으로 형벌조항을 해석하는 근거로 사용될 수는 없는 것이다. 그럼에도 다수의견에 대한 보충의견은 의료법이 의사와 치과의사 면허를 구분한 명확한 경계를 스스로 허물면서도, 다시 그 경계와 기준이 모호하다는 이유를 들어 그러한 결과를 해소하는 방향으로 해석하지 않으면 죄형법정주의에 반한다는 모순되는 논리를 들고 나왔다. 그러나 그 결론은 다수의견이 중요한 논거로 들고 있는 사회통념에도 반하는 모양이 되고 말았다.

이상의 이유로 다수의견에 대한 보충의견은 부당하므로, 반대의견을 보충하여 그 이유를 밝혀 둔다.

재판장	대법원장	양승태	_____
	대법관	이인복	_____
	대법관	이상훈	_____
	대법관	박병대	_____
	대법관	김용덕	_____
	대법관	박보영	_____

대법관 김창석 _____

대법관 김 신 _____

대법관 김소영 _____

대법관 조희대 _____

대법관 권순일 _____

주 심 대법관 박상옥 _____

대법관 이기택 _____