

대 법 원

판 결

사 건	2016도21314 의료법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	법무법인(유한) 화우 담당변호사 유승남 외 1인
원 심 판 결	서울중앙지방법원 2016. 12. 6. 선고 2016노817 판결
판 결 선 고	2022. 12. 22.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 공소사실 요지

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, 이하 '이 사건 초음파 진단기기'라 한다)

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.

나. 원심의 판단

원심은 한의사가 현대적 의료기기를 사용하는 것이 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지에 관한 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결 법리에 따라 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

1) 초음파 검사는 영상을 관독하는 과정이 필수적인데 이를 위해서는 서양의학적인 전문지식이 필요하므로, 초음파 진단기기는 관독에 관해서 서양의학의 학문적 원리에 기초하여 개발·제작된 것이지 단순히 물리학적 원리에 기초하여서만 개발·제작된 것은 아니다.

2) 의료행위에서 진단의 중요성에 비추어 볼 때, 피고인이 진단에 관해 서양의학의 전형적인 방법인 초음파 검사를 시행한 이상 치료방법으로 침이나 한약 등을 사용하였다는 사정만으로 초음파 진단기기를 사용하는 의료행위가 한의학의 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 관독하지 못하면 사람의 생명이나 신체상의 위험을 발생시킬 우려가 있고, 이는 초음파 진단기기를 사용하는 경우에도 마찬가지이다.

다. 쟁점

한의사가 초음파 진단기기를 사용해 환자의 신체 내부를 촬영하여 초음파 화면에 나

타난 모습을 보고 진단하는 방법으로 진료행위를 한 것이 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

2. 쟁점에 관한 판단

가. 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 관한 판단기준

1) 의료법의 관련 내용

구 의료법(2011. 8. 4. 법률 제11005호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 제정·시행되고 있다(제1조). 구 의료법에 따르면, 의료인은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사 등을 말하고(제2조 제1항), 이 중 의사는 의료와 보건지도의 임무를, 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도의 임무를 수행하며(제2조 제2항 제1호, 제3호), 의사 또는 한의사가 되려는 사람은 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 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다(제87조 제1항 제2호).

구 의료법이 의사와 한의사가 각자 면허를 받아 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 규정한 취지는, 의료인의 고유한 담당 영역을 정하여 전문화를 꾀하고 독자적인 발전을 촉진함으로써 국민이 보다 나은 의료 혜택을 누리게 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 공

중위생에 발생할 수 있는 위험을 방지하기 위한 것이다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결 등 참조).

이러한 취지에서 구 의료법은 의료기관의 개설(제33조), 진료과목의 설치·운영(제43조), 전문의 자격 인정 및 전문과목의 표시(제77조) 등에 관한 여러 규정에서 의사와 한의사 직역이 구분되는 것을 전제로 각 직역의 의료인이 '면허된 것 이외의 의료행위'를 할 경우 형사처벌까지 받도록 규정하였으나, 막상 각 의료인에게 '면허된 의료행위'의 내용이 무엇인지, 어떠한 기준에 의하여 이를 구분하는지 등에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하다. 즉 구 의료법은 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 업무 영역이 어떤 것이고 그 면허의 범위 안에 포함되는 의료행위가 구체적으로 어디까지인지에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하다.

2) 종전의 판단기준

대법원은 의사나 한의사의 구체적인 의료행위가 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지에 대해 이원적 의료체계의 입법 목적, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 및 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통해 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적 사례에 따라 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여 왔다(위 대법원 2011도16649 판결 등 참조).

한의사가 전통적으로 내려오는 의료기기나 의료기술(이하 '의료기기 등'이라 한다) 이외에 의료공학의 발전에 따라 새로 개발·제작된 의료기기 등을 사용하는 것이 한의

사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지도 이러한 법리에 기초하여, 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).

3) 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 새로운 판단기준

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, 한의사의 한방의료행위와 의사의 의료행위가 전통적 관념이나 문언적 의미만으로 명확히 구분될 수 있는 것은 아닐뿐더러, 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 있는 것이다(치과의사의 안면 보톡스 시술에 관한 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전

원합의체 판결 참조). 한편, 구 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 선택가능성을 합리적인 범위에서 열어두는 방향으로 관련 법령을 해석하는 것이 바람직하다. 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'는 결국 형사처벌 대상이라는 점에서 죄형법정주의 원칙이 적용되므로 그 의미와 적용범위가 수범자인 한의사의 입장에서 명확하여야 하고, 엄격하게 해석되어야 한다는 점에서 보더라도 그러하다[헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌마551, 561(병합) 결정 참조].

그러므로 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, 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 '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.

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.

가) 진단용 방사선 발생장치를 설치한 의료기관 개설자 등은 안전관리책임자를 선임하여야 하는데, 한의원은 대상 의료기관에 포함되지 않고[구 의료법 제37조, 구 「진단용 방사선 발생장치의 안전관리에 관한 규칙」(2012. 11. 15. 보건복지부령 제168호로 개정되기 전의 것) 제10조 제1항 별표6], 특수의료장비를 설치·운영하려는 의료기관의 설치인정기준에도 한의원은 제외되는 반면[구 의료법 제38조, 구 「특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙」(2012. 8. 2. 보건복지부령 제146호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 별표1], 초음파 진단기기는 진단용 방사선 발생장치 및 특수의료장비에 해당하지 않기 때문에 관련 법령에 한의사의 사용을 금지하는 취지의 규정은 없다.

나) 한편, 초음파 진단기기를 취급하는 의료기사를 지도할 수 있는 사람에 의사 또는 치과의사만 규정되었을 뿐 한의사는 이에 포함되지 않으나[구 「의료기사 등에 관한 법률」(2013. 6. 4. 법률 제11860호로 개정되기 전의 것) 제1조의2 제1호, 구 「의료기사 등에 관한 법률 시행령」(2014. 11. 19. 대통령령 제25738호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제2호], 이를 근거로 한의사가 직접 환자에게 초음파 진단기기를 사용하는 것이 금지된다고 볼 수도 없다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도2534 판결 참조).

다) 또한, 한의원에서는 초음파 검사료가 국민건강보험법상 요양급여 및 법정 비급여 대상에 해당하지 않으나[구 국민건강보험법(2011. 9. 15. 법률 제11041호로 개정되기 전의 것) 제42조 제4항, 건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수(보건복지부 고시 제2012-48호)], 특정 진료방법이 국민건강보험법상 요양급여 대상 등에 해당하는지와 그 진료방법이 의료법상 허용되는 의료행위에 해당하는지는 별개의 문제이므로(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두38171 판결 참조), 국민건강보험 관련 법령을 근거로 한의사의 초음파 진단기기 사용이 금지된다고 해석할 수도 없다.

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.

가) 초음파 진단기기는 인체 부위에 접촉하여 있는 탐촉자(프로브)에서 발사된 초음파가 인체 내로 투과하여 조직의 경계면으로부터 신호가 반사되면 그 신호를 컴퓨터로 증폭·변환하여 영상을 구현하는 의료기기이다. 초음파 투입에 따라 인체 내에서 어떠한 생화학적 반응이나 조직의 특성 변화가 일어나지 않고, 세포막 손상, 염색체 손상, 산화, 중합반응 등으로 인한 부작용이 보고된 바 없으며, 초음파 진단기기는 임신부나 태아를 상대로도 안전하게 사용되고 있는 것으로 알려져 있다.

나) 구 「의료기기법 시행규칙」(2009. 6. 26. 보건복지가족부령 제118호로 개정되기 전의 것) 제2조 [별표1]의 '의료기기의 등급분류 및 지정에 관한 기준과 절차'에 따르면, 의료기기는 사용 목적과 사용 시 인체에 미치는 잠재적 위해성의 정도에 따라 1등

급(잠재적 위해성이 거의 없는 의료기기)부터 4등급(고도의 위해성을 가진 의료기기)으로 분류되는데, 이 사건 초음파 진단기기인 '범용초음파영상진단장치'는 다기능전자혈압계, 귀적외선체온계와 같이 위해도 2등급(잠재적 위해성이 낮은 의료기기)으로 지정되었다. 즉, 초음파 진단기기는 인체에 대한 잠재적 위해성 등의 측면에서 혈압계나 체온계 등 일상생활 영역에서 널리 이용되는 의료기기과 크게 다르지 않다고 볼 수 있다.

다) 헌법재판소는 종전 수차례에 걸쳐 한의사가 초음파 진단기기 내지 초음파 골밀도측정기를 사용하여 진료행위를 한 것이 한의사로서 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다고 결정한 바 있다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2010헌마109 결정, 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623 결정, 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398 결정 등 참조). 그러나 헌법재판소 결정 당시와 비교할 때 최근 국내 한의과 대학(한의학전문대학원 포함)은 모두 '진단학'과 '영상의학' 등을 전공필수 과목으로 하여 실무교육이 상당히 이루어지고 있고, 한의사 국가시험에도 영상의학 관련 문제가 계속 출제되어 왔으며, 매년 그 교육정도가 심화되고 출제비율도 증가하는 등 진단용 의료기기 사용과 관련한 의료행위의 전문성 제고의 기초가 되는 교육제도·과정이 지속적으로 보완·강화되어 왔다.

라) 최근 IT 과학 기술의 발달로 3차원 초음파 영상이 구현되고, 휴대용 초음파 진단기기가 개발되는 등 초음파 진단기기는 성능이 비약적으로 발전하고 있고, 일반인도 이를 구매·사용함에 아무런 제한이 없으며, CT기기나 MRI기기에 비해 사용이 간편하고, 진료비용도 저렴하다. 이에 의료계에서 초음파 진단기기는 인체 내부를 보는 진단기기임과 동시에 인체 내부의 소리를 듣는 '제2의 청진기'로도 인식되고 있다. 한의사

의 청진기 사용이 면허 내의 의료행위임은 보건복지부의 유권해석 등에 비추어 별다른 의문이 없고, 여기에 한의과대학의 교육과정 및 초음파 진단기기의 과학기술적 발전 상황을 감안하면, 이와 같이 범용성·대중성·기술적 안전성이 담보되는 초음파 진단 기기에 대하여 한의사의 사용을 허용하는 것은 구 의료법 제1조에서 정한 '국민의 건강을 보호하고 증진'하는 데 기여할 뿐만 아니라 헌법 제10조에 근거한 의료서비스에 대한 국민의 선택권을 합리적인 범위에서 보장하는 것이기도 하다. 의료공학 및 과학 기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려 없이 진단 이 이루어질 수 있다면 자격이 있는 의료인 모두에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 구 의료법 제27조 제1항이 해석되어야 한다는 점[위 헌법재판소 2012헌마551, 561 (병합) 결정 참조]에서 보더라도 그러하다.

마) 한편, 구 의료법 제43조, 제77조 제1항, 제4항, 구 「의료법 시행규칙」(2012. 8. 2. 보건복지부령 제145호로 개정되기 전의 것) 제41조 제1항에 의하면, 영상의학과는 초 음파 진단기기, CT기기, MRI기기 등과 같은 영상 의료기기를 이용하여 얻어진 정보를 의학적 교육, 연구 및 임상적 경험을 통해 관찰하여 영상에 나타난 질병의 징후 등에 관한 진단을 내리고 이를 근거로 환자의 질병치료를 목적으로 하는 의학의 전문 진료 과목으로서, 영상의학과 전문의는 초음파 진단기기를 사용한 검사 및 진단에 관한 전문성이 인정된다. 그러나 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. 그럼에도 한의사의 경우에만 일률적으로 초음파 진단기기 사용을 무 면허 의료행위로 취급하는 것은 합리적 근거가 없는 해석이다.

바) 의료사고에서 의사의 과실 유무를 인정하기 위한 요건과 그 판단 기준에 대한 법리는 한의사의 경우에도 동일하게 적용되고(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결 등 참조), 대법원은 한의사에 대하여 양약과 상호작용으로 발생할 수 있는 한약의 위험성을 환자에게 설명할 의무(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102209 판결 참조) 및 환자에게 적절한 치료를 하거나 그러한 조치를 취하기 어려운 사정이 있다면 신속히 전문적인 치료를 할 수 있는 다른 병원으로의 전원조치를 취하여야 할 의무(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012다117492 판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2014도4570 판결 참조)까지 인정하고 있다. 이러한 대법원의 입장은 한의사가 한방의료행위를 하는 과정에서 일정한 범위 내에서 서양의학의 관점 및 지식까지도 갖추었음을 전제로 설명의무나 전원조치의무를 인정할 수 있다는 것인바, 한의사가 이러한 주의의무를 다하기 위해서라도 초음파 진단기기를 사용할 필요성이 인정되고, 그럼에도 이를 원천적으로 금지하는 해석은 타당하지 않다.

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 보기도 어렵다.

가) 초음파 진단기기의 개발·제작 원리는 초음파가 특정 물체에 송신되었다가 반사되어 오는 시간과 양을 물리적으로 측정하는 순수한 물리학적 원리에 기초한 것이어서 이를 두고 서양의학적 원리에 전적으로 기초하였다고 단정할 수 없다. 초음파 진단기가 서양의학에 응용되기 이전인 1917년경 이미 수중 음파 탐지기가 군사용도로 개발·사용되었고, 현재 초음파는 생활가전 등 다양한 분야에 활용되고 있다. 즉, 현대의 진단용 의료기기는 과학기술을 통하여 발명·제작된 것이므로, 그 과학기술의 원리와

성과를 한의사 아닌 의사만이 독점적으로 의료행위에 사용할 수 있는 성질의 것이라고 보기 어렵다.

나) 한의학의 전통적인 진찰법(四診)에 망진(望診), 문진(聞診), 문진(問診), 절진(切診)의 방법이 있고, 그 목적은 이를 통하여 해당 질환의 변증유형(辨證類型)을 확정하기 위함이다. 이 중 절진(切診)은 한의사가 손을 이용하여 환자의 신체 표면을 만져보거나 더듬어보고 눌러봄으로써 필요한 자료를 얻어내는 진찰법이다. 그런데 한의사가 위와 같은 전통적인 진찰법으로는 변증유형의 확정에 필요한 완전한 진찰이 이루어지지 않거나 진단의 정확성과 안전성을 보다 높이기 위하여 보조적인 진단수단으로 현대 과학기술에서 유래한 진단기기를 사용하는 것을 한의학적 원리와 배치되거나 무관하다고 볼 수 없다. 즉, 한의사가 환자의 복부에 초음파 진단기기를 사용하는 것은 과거 전통적인 한의학적 진찰법으로 사용하던 절진의 일종인 복진(腹診)을 기본적으로 시행하면서, 그 변증유형 판정의 정확성과 안전성을 높이기 위해 초음파 진단기기를 복진과 같은 방법으로 부가하여 사용하는 것이라고 봄이 타당하다.

다) 의학적으로 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 기초하여 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점이고 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위로서 진단행위와 치료행위는 불가분의 관계에 있다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2007다55866 판결 참조). 진단행위와 치료행위를 전체적으로 고찰하면, 한의학적 의료행위의 전문가이자 공인된 자격을 갖춘 한의사가 환자에게 침술 및 한약치료 등 한방치료행위를 시행하는 상황에서, 그 전제로 해당 질환의 변증유형 확정을 위하여 이루어진 진단행위 역시 한의학적 원리와 일정한 관련성을 지닌 것이라고 볼 수 있다. 따라서 의료행위의 전체적인 경위·목

적·태양을 고려하지 않은 채 단지 한의학적인 용어가 환자에게 생소한 점 등을 이유로 한의사가 진단 및 설명의무를 이행하는 과정에서 서양의학적 용어를 일부 사용한 사정만으로 한의사의 의료행위가 한의학적 원리에 의하지 않았음이 명백하다고 보기 어렵다.

라) 2003. 8. 6. 법률 제6965호로 제정된 「한약 유통법」 제2조 제1호는 "한약"을 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 의료행위와 한약사를 말한다고 규정하였으나, 한약의 외연을 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위까지 확대하여 한약 산업의 발전과 국제경쟁력 강화를 도모하고 종국적으로 높은 수준의 의료서비스를 제공하기 위하여 2011. 7. 14. 법률 제10852호로 개정된 「한약 유통법」 제2조 제1호는 "한약"을 우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위 및 한약사를 말한다고 규정하였다.

이러한 법 개정 취지와 의료서비스 소비자인 환자들의 건강을 보호·증진하고 의료서비스를 선택할 권리를 고려하면, 한의사가 한의학적 진단의 보조수단으로서 현대 과학기술에서 유래한 초음파 진단기기를 사용하는 것이 "한약"의 범주에서 벗어났다고 단정하기도 어렵다. 각국의 전통의학에 대하여 근거중심의학(Evidence Based Medicine)의 체계를 갖추도록 한 세계보건기구(WHO)의 권고에 비추어 한방의료행위의 과학화는 불가피한 시대적 요청이라는 점에서 보더라도 그러하다.

다. 소결론

의료법의 목적은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 하여 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것이고, 면허된 것 이외의 의료행위를 한 의료인을 처벌하

는 이유도 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 발생할 수 있는 위험을 방지하여 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위한 데 있다. 그리고 국가는 한의약기술의 과학화·정보화를 촉진하기 위하여 필요한 시책을 세우고 추진할 의무가 있다(「한의약 육성법」 제4조).

한 의사가 정확한 한의학적 진단의 보조수단으로 범용성·대중성·기술적 안전성이 담보된 초음파 진단기기를 사용하는 것은 이원적 의료체계의 한 축인 한의학의 과학화·정보화를 촉진시킴으로써 독자적인 발전역량을 강화하는 것이자 의료소비자의 합리적인 선택권을 보장하고 국민의 건강을 보호·증진시키는 데 도움이 될 수 있는 것으로, 서양의학과 한의학이 독자적으로 발전하는 과정에서 국민이 지역적으로나 기술적으로 의료 사각지대 없이 의료 혜택을 향유할 수 있도록 하려는 이원적 의료체계의 원리 및 입법 목적에 부합한다고 볼 수 있다.

다만, 이 판결은 한의사로 하여금 침습 정도를 불문하고 모든 현대적 의료기기 사용을 허용하는 취지는 아니다. 의료법 등 관련 법령이 한의사에게 명시적으로 사용을 금지하지 않은 것이자 본질이 진단용인 의료기기에 한정하여, 그 특성 및 사용에 관한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 사용하더라도 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있다고 단정하기 어렵고, 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관함이 명백하지 아니한 경우에는, 한의사가 한의학적 진단의 보조수단으로 이를 사용하더라도 구 의료법 제27조 제1항 본문의 '면허된 것 이외의 의료행위'에는 해당하지 않는다는 의미이다.

라. 판례 변경

이와 같이 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.

3. 이 사건에 관한 판단

가. 원심판결 이유 및 적법하게 채택한 증거에 의하면, 다음의 사정을 알 수 있다.

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(石瘕) 내지 장담(腸覃)]으로 변증(辨證)하였다. 이는 환자에 대해 한의학적으로 진단한 경우에 해당한다. 구 의료법 제43조, 구 의료법 시행규칙 제41조 제1항 제4호에 따르면, 한의사의 진료과목은 한방내과, 한방부인과, 한방소아과, 한방안·이비인후·피부과, 한방신경정신과, 한방재활의학과, 사상체질과 및 침구과인데, 피고인의 의료행위는 이 사건 초음파 진단기기를 사용하여 한방부인과 진료를 한 것이라고 볼 수 있다. 설령 그 과정에서 피고인이 공소외인에게 자궁내막증 식증에 관하여 일부 설명한 사실이 있더라도, 이는 자궁질환의 한의학적인 용어가 생소한 관계로 서양의학적 용어를 사용한 것으로 볼 여지가 있는 이상, 이를 이유로 서양의학적 진단을 하였다고 단정할 수는 없다. 당시 공소외인이 피고인에 의한 한방진

료와 일반 병원에서의 산부인과 진료를 병행하였고, 피고인의 한방진료에 앞서 산부인과에서 자궁내막증식증 관련 진단을 받은 사실을 피고인에게 알려준 사실이 있음에 비추어 보더라도 그러하다.

3) 피고인은 공소외인에게 투자법침술, 경혈침술, 복강내침술, 경피적외선조사요법, 한약처방 등 한방치료행위를 하였으므로, 그와 같은 한방치료행위의 전제가 된 진단행위 역시 한의학적 원리에 기반한 것이라고 볼 수 있다. 피고인이 실시한 전체 의료행위의 경위·목적·태양 및 피고인의 교육정도, 경력 등에 비추어 보더라도, 피고인이 당시 이 사건 초음파 진단기기를 보조적으로 사용하여 진단한 행위가 한의학적 원리에 의하지 않았음이 명백하다거나, 그로 말미암아 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해 발생의 우려가 증명되었다고 보기 어렵다.

나. 위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 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. 그럼에도 원심은 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 구 의료법 제27조 제1항 본문의 '면허된 것 이외의 의료행위'의 범위에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견

가. 이 사건의 쟁점과 반대의견의 요지

1) 이 사건의 쟁점은, 의사와 한의사를 구별하는 이원적 의료체계를 취하는 우리의 의료체계 아래에서 한의사의 초음파 진단기기 사용을 구 의료법상 적법한 한방의료행위로 보아 허용할 것인지의 문제이다.

다수의견의 요지는, 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 새로운 판단기준에 따라, ① 한의사의 초음파 진단기기 사용을 금지하는 법령이 없고, ② 초음파 진단기기의 특성과 그 사용에 필요한 기술 수준을 감안하면 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해 우려가 없으며, ③ 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리와 무관한 것임이 명백히 증명되었다고 보기 어려우므로, 한의사의 초음파 진단기기 사용은 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하지 않는다는 것이다.

2) 이러한 다수의견은, 한방의료에도 현대 과학기술이 적용된 의료기기의 사용이 허용되어야 하고 나아가 그 사용을 장려할 필요도 있다는 점에서, 수긍할 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.

구체적인 이유는 다음과 같다.

나. 이원적 의료체계와 양방·한방의 면허된 의료행위

1) 우리의 의료체계는 의사와 한의사를 구별하여 별도의 면허 제도를 마련하고, 면허 이외의 의료행위를 한 경우 이를 형사처벌의 대상으로 하고 있다. 즉, 구 의료법은 의료인의 임무(제2조), 면허제도(제5조), 의료기관의 개설(제33조), 진료과목의 설치·운영(제43조), 전문의 자격 인정 및 전문과목의 표시(제77조) 등 여러 규정에서 의사와 한의사 직역을 엄격히 구분하고 상호 면허된 영역을 벗어난 의료행위를 할 경우 이를 무면허 의료행위로 보아 형사처벌하고 있다(제87조). 이와 같이 양방과 한방을 엄격히 구분하는 양방·한방 이원화 원칙은 1951년 제정 국민의료법부터 현행 의료법에 이르기까지 일관되어 있는 확고한 원칙이다.

의료법은 '의료행위'와 '한방의료행위'가 구체적으로 무엇인지에 관하여 적극적인 정의규정을 두고 있지 않다. 대법원은, '의료행위'는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하고(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결 참조), '한방의료행

위'는 우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위로서 의료법의 관련 규정에 따라 한의사만이 할 수 있는 행위를 의미한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결 참조)고 판시하여, 의료행위와 한방의료행위를 명확하게 구분하고 있다.

이에 따라 대법원은 한의사가 환자에게 주사를 하는 행위는 한의사가 사실상 의사의 자질을 갖고 있더라도 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하고(대법원 1987. 12. 8. 선고 87도2108 판결 참조), 반대로 의사가 한약제를 조제한 후 한방원리에 따른 환자의 체질에 맞추어 투약하는 행위 및 환자의 경혈 등에 침을 놓는 침술행위는 한의사의 면허 없이 한방의료행위를 한 것으로서 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다고 판시하였다(대법원 1989. 12. 26. 선고 87도840 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결 참조).

2) 이와 같이 의료법에서 의료행위와 한방의료행위를 엄격히 구분하고, 의료인이 아닌 자의 의료행위뿐만 아니라 의료인의 면허된 것 이외의 의료행위에 대하여도 엄격히 금지하고 형사처벌까지 하는 이유는 한 나라의 의료제도가 그 나라의 국민건강의 보호 증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것으로서 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하기 때문이다.

사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 설령 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 보건위생상 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체 국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할

수밖에 없다. 양의학과 한의학은 그 학문적 원리가 서로 달라 학습과 임상이 전혀 다른 체계에 기초하고 있으므로 자신이 훈련받지 않은 분야의 의료행위를 무면허 의료행위로 보아 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 규제방법은 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호 의무를 이행하기 위한 적합한 조치에 해당한다(헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398 결정 참조).

3) 한의사의 현대적 진단기기 사용이 의료법상 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지 여부는 앞서 본 바와 같은 이원적 의료체계를 중점적으로 고려하여 판단하여야 한다. 한의사가 현대적 진단기기를 사용하여 진단행위를 한 경우, 진단기기의 사용행위 자체가 인체에 대해 침습적이지 않다는 점에만 착안하여 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 없다고 단정할 것은 아니다. 이러한 보건위생상 위해 우려는 비의료인의 경우에 무면허 의료행위 여부를 판단하는 중요한 기준이 될 것이지만 의료법상 적법하게 면허를 받은 한의사의 경우에는 본질적인 기준이라고 볼 수 없다.

물론 양의학, 한의학을 불문하고 현대 과학기술의 발전에 바탕을 둔 현대적 진단기기 사용에 따른 혜택을 모든 의료인에게 돌아가게 하는 것은 당연하고 의료정책상 장려되어야 할 것이다. 그런데 현대적 진단기기에는 CT기기, MRI기기와 같이 양의학을 기본원리로 하는 진단기기와 양도락 측정기, 경락기능 검사기, 경혈 탐지기와 같이 한의학을 기본원리로 하는 진단기기로 구분할 수 있는바, 한의사가 한의학을 기본원리로 하는 진단기기가 아닌 양의학을 기본원리로 하는 진단기기를 양의학적인 방법으로 사용함으로써 양의학의 영역을 침범한다면 이는 이원적 의료체계에 반하는 것으로 무면

혀 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이다.

결국 한의사의 현대적 진단기기 사용이 의료법상 허용되는 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그러한 진단행위 자체의 학문적 기초가 되는 원리가 한의학인지 양의학인지, 진단은 치료를 위한 준비단계라는 점에서 한의사가 학문적인 기초가 달라 제대로 훈련받지 않은 진단기기를 사용하여 양의학적 진단행위를 함으로써 오진(誤診)으로 적절한 치료를 제공하지 못하는 등 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지에 따라 결정되어야 한다.

다. 양의학 · 한의학의 학문적 원리와 진찰방법

1) 양의학과 한의학의 원리

양의학은 기본적으로 사실적 · 실증적 · 객관적 실험과학을 기본으로 구성된 학문임에 비하여, 한의학은 주관적 · 직관적 · 경험적이며 자연철학의 원용이 주류를 이루는 학문이다.

양의학은 해부학적 지식을 기초로 하여 인체의 기능이나 질병을 설명하기 때문에 질병이란 것은 인체의 어떤 부위에 변화가 생겨서 나타나는 것으로 보고 치료도 그 부위에 대하여 행한다. 반면, 한의학은 인체를 하나의 통일체로 인식하고 각각의 장기와 조직들이 긴밀히 연결되어 움직이는 것으로 보고 질병이란 인체가 어떠한 원인에 의하여 변화를 일으키는 것이며, 그 변화는 내적 · 외적인 여러 가지 원인에 대한 인체의 반응 상태이므로, 여러 가지 증상이 나타나더라도 그 하나하나의 증상이 독립된 것이 아니고, 모두 긴밀한 연계를 가지고 있다고 본다.

양의학은 질병의 원인이 주로 외부적인 인자, 즉 세균이나 바이러스 등이라고 보기 때문에 치료방법도 이러한 것들을 제거하는 데 치중하는 것인 반면, 한의학에서는 질

병의 발생요인을 주로 사람의 기력이 약하여 인체를 방어하지 못하는 것이라고 보고 있다.

2) 양의학과 한의학의 진찰방법

양의학의 진찰방법은 서양과학인 실험과학에 근거를 두고 인체의 화학적, 생물학적인 변화를 관찰·측정하는 데 주안을 두고 있고, 문진(問診), 시진(視診), 청진(聽診), 타진(打診), 촉진(觸診) 등을 비롯한 전통적인 진찰방법 이외에 CT기기, MRI기기, 혈액 검사, 소변검사 등 각종 기기를 이용하여 검사하는 등의 방법으로 진찰을 하고 있다.

한의학의 주요 진찰법은 망진(望診), 문진(聞診), 문진(問診), 절진(切診)이 있는데, 이는 환자가 증상을 호소하는 국소적인 부위만 진찰하는 것이 아니라 전체적으로 보고, 듣고, 묻고, 만져서 환자의 상태를 종합적으로 판단하기 위한 진찰법이다. 위와 같은 사진(四診)법에 의한 신체적 징후에 근거하여 질병의 원인, 성질 등을 분석·종합·개괄하여 증후를 파악하는데, 이를 변증(辨證)이라 한다. 그리고 변증의 기본적인 강령을 팔강(八綱)이라고 하는데, 팔강이란 환자의 상태를 음(陰), 양(陽), 표(表), 리(裏), 한(寒), 열(熱), 허(虛), 실(實)의 여덟 가지 기준에 따라 분석하는 것이다. 이러한 변증의 결론을 근거로 이에 상응하는 치료방법을 확정하게 된다.

라. 한의사의 초음파 진단기기 사용의 허용 여부

1) 한의학적 의료행위인지 여부

초음파 진단기기는 초음파가 반사되는 시간을 거리로 변환하여 조직의 위치를 표현하고 초음파로부터 반사되는 에너지량을 밝기로 변환하여 조직의 물성을 표현하는 의료기기로서 그 특성상 인체의 특정 부위 증상을 실험적·분석적으로 파악하게 된다. 따라서 초음파 진단기기를 사용하여 진찰하는 행위는 해부학적 지식을 기초로 하여 인

체의 특정 부위를 진단·치료하는 양의학의 원리에 부합하지, 인체를 하나의 통일체로 보고 인체 각 부위가 긴밀한 연계성을 가지는 한의학의 원리에 부합하지 않는다.

다수의견은 한의사인 피고인이 손을 이용하여 환자의 복부 표면을 만져보거나 더듬어보고 눌러봄으로써 필요한 자료를 얻어내는 절진(切診)의 일종인 복진(腹診)을 기본적으로 시행하면서 그 변증유형 판정의 정확성과 안전성을 높이기 위해 초음파 진단기기를 복진과 같은 방법으로 부가하여 사용하였다고 한다. 그러나 초음파 영상과 한의학적 변증 사이에 논리적 상관관계가 연구되어 검증된 것으로 보이지 않고, 한의사가 초음파 진단기기를 주된 방법으로 사용했는지 또는 보조적으로 사용했는지에 따라 '면허된 것 이외의 의료행위'의 범위가 달라진다고 볼 수도 없다. 초음파 영상을 통하여 환자의 내부 장기 모습을 살펴보고 진단과 치료를 하는 것은 기본적으로 해부학적 지식을 바탕으로 한 양의학의 진단과 치료방법에 해당한다. 이 사건에서 피고인은 환자에게 복부초음파를 시행하면서 자궁내막의 두께를 관찰하였는바, 이는 양의학 진료과목인 산부인과에서 전형적으로 행하는 초음파 검사방법에 해당한다. 따라서 피고인이 초음파 진단기기를 복진에 부가적으로 사용하였다고 하더라도 이를 한의학적 진단행위로 볼 수는 없다.

2) 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지 여부

의료법령에 의하면 영상의학과는 초음파 진단기기 등과 같은 영상 의료기기를 이용하여 얻어진 정보를 임상적 경험을 통해 관찰하여 영상에 나타난 질병의 징후 등에 관한 진단을 내리고 이를 근거로 환자의 질병치료를 목적으로 하는 양의학의 전문 진료과목으로, 구 의료법 제3조의3 제1항에 따라 종합병원의 필수 진료과목으로 지정되어 있다. 이에 반해 한의사 전문의의 경우 한방내과, 한방부인과, 한방소아과, 한방안·이

비인후·피부과, 한방신경정신과, 한방재활의학과, 사상체질과 및 침구과로 진료과목을 나누고 있을 뿐 초음파 진단기기를 사용하여 진단하는 전문 진료과목이 지정되지 않았다(구 의료법 시행규칙 제41조 제1항).

초음파 진단기기는 조작방법이 비교적 간단하기는 하지만 안압측정기, 청력측정기 등과 달리 측정결과가 자동으로 추출되는 것이 아닌데다가 탐촉자의 방향 등에 따라 허상이 자주 발생하며 실시간으로 영상을 확인하면서 검사가 이루어져야 한다. 따라서 정확한 초음파 검사를 위해서는 신체 장기의 형태, 조직의 구성, 환부의 특징, 다른 장기의 위치와 상태, 환자의 과거 병력 등과 같은 초음파 영상에 영향을 미칠 수 있는 다양한 사정들을 종합적으로 이해하여 검사 및 판독을 해야 하고, 이상 증세가 있거나 특정 질환이 의심되는 경우 검사자가 즉각적으로 결정하여 추가 검사를 시행할 정도의 풍부한 의학적 지식과 경험이 필수불가결하다.

그런데 양의학과 한의학은 그 배경이 되는 철학, 인체·질병·진단·치료에 대한 이해 및 접근방법이 완전히 다르고, 초음파 진단기기는 해부학적 지식을 기초로 하여 인체의 특정 부위를 진단·치료하는 것에 적합한 의료기기로서 한의학적 지식과 경험만으로는 초음파 영상을 정확히 판독하기 어려운 점에 비추어 보면, 최근 한의과 대학에서 진단용 의료기기 사용에 관한 교육 제도, 과정이 보완·강화된 사정을 감안하더라도 한의사의 초음파 진단기기 사용을 전면적으로 허용할 정도로 충분하다고 보기는 어렵다. 특히 피고인의 경우 한의사 면허 취득 당시 한의과 대학에서 초음파 진단기기 사용에 관한 교육을 제대로 받지 않았고, 면허 취득의 전제가 된 한의사 국가시험에서도 초음파 진단기기 사용에 관한 평가를 제대로 받지 않았으며 단지 사후적으로만 초음파 관련 교육을 이수하였는바, 이 사건에서 한의사인 피고인의 초음파 진단기기 사

용을 면허된 의료행위로 보는 것은 그 면허 당시 허가된 내용에 반한다고 할 것이다.

결국 양의학과 한의학의 근본적인 차이, 초음파 진단기기 자체의 특성, 한의과 대학의 관련 교육정도 등을 감안하면, 영상의학과 전문의를 비롯한 의사에 비하여 충분한 훈련을 받지 못한 한의사가 초음파 진단기기를 사용한다면 오진(誤診) 등으로 질병을 적시에 발견하지 못하여 치료시기를 놓치거나 잘못된 치료로 나아갈 위험성이 높아진다고 봄이 타당하다.

마. 바람직한 문제 해결의 방향

최근 초음파 진단기기를 비롯한 현대적 진단기기의 성능이 비약적으로 발전하고 있고, 범용성·대중성이 인정되는 초음파 진단기기의 특성을 감안하면, 향후 한의과 대학의 관련 교육정도가 충분할 것을 전제로 한의사의 초음파 진단기기 사용을 허용할 필요성이 있을 수 있고, 이를 무한정 막을 것은 아니라고 본다. 그러나 이는 의사와 한의사 등 이해당사자들이 각각의 학문적 발전과 의료서비스의 질적 향상 도모 및 의료서비스 선택의 폭 확대라는 여러 사정을 고려하고, 서로의 이해관계를 조정하여 제도적·입법적으로 해결하는 것이 바람직하다. 그러한 제도적·입법적 정비가 이루어지기 전까지는 한의사의 초음파 진단기기 사용을 무면허 의료행위로 보아 일률적, 전면적으로 규제함으로써 사회적 혼란을 방지할 필요가 있다.

이 사건은 단순히 한의사에게 초음파 진단기기 사용을 허용할지 여부에 그치는 문제가 아니다. 이는 양의학과 한의학을 준별하는 이원화된 현행 의료체계를 유지할 것인지, 아니면 양의학과 한의학의 경계를 허물고 일정 부분 중첩되는 영역을 인정할 것인지를 결정하여야 하는 중대한 문제이다. 이를 해결하기 위해서는 먼저 국민의 건강을 보호하고 증진하는 방향으로 제도적·입법적 정비를 하는 것이 바람직하다. 이러한 제

도적·입법적 정비가 선행되지 않은 상태에서 현대적 의료기기의 사용 허부가 문제될 때마다 매번 의료인이 형사처벌이나 면허정지를 각오하고 다투게 하거나, 법원이 무면허 의료행위로 기소되거나 자격정지 처분을 받은 의료인을 상대로 그 허용 여부를 일일이 결정하게 하는 것은 의료계의 법적 혼란을 초래할 뿐 아니라 소송경제 측면에서도 바람직하지 못하다.

결국 한의사의 현대적 진단기기 사용을 허용할 것인지는 양방·한방을 준별하고 면허를 구분하여 내어주는 현행 의료제도의 태생적 문제와 관련된다. 이 문제를 해결하기 위해서는 이원화된 의료체계의 근본적인 변화를 시도할 수도 있겠지만, 그것이 여의치 않다면 관할 행정기관이 쌍방 의료인이 포함된 심사기구를 통해 현대적 진단기기를 심사하여 쌍방 또는 일방 의료인이 사용할 수 있는 진단기기의 종류와 품목 등을 결정·고시하고 이에 불복이 있는 경우 이를 다룰 수 있는 제도를 마련하거나, 미국 진단초음파협회(ARDMS)의 '초음파 진단 인증제도'와 같이 전체 의료 종사자를 상대로 초음파 진단 분야의 시험 및 인증에 관한 공신력 있는 자격제도를 설정하는 등 제도적 개선을 하는 방안을 고려할 수 있다.

바. 소결론

한 의사인 피고인이 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하여 초음파 화면에 나타난 모습을 보고 진단하는 방법으로 진료행위를 한 것은 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하므로 이 사건 의료법 위반 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결은 정당하다. 이 사건 상고를 기각하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

재판장	대법원장	김명수	_____
	대법관	조재연	_____
	대법관	박정화	_____
	대법관	안철상	_____
	대법관	민유숙	_____
	대법관	김선수	_____
	대법관	이동원	_____
	대법관	노정희	_____
	대법관	노태악	_____
	대법관	이흥구	_____
주심	대법관	천대엽	_____

대법관 오경미 _____