

■ 최신 판례 ■

[제약 · 바이오 · 의료] 한의사의 초음파기기 사용 관련 헌법 소원 사건

김성수 변호사 | 김영식 변호사

1. 사건의 개요

(1) 한의사 A, B는 초음파 골밀도 측정기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 성장판검사를 시행한 다음 체질개선 한약을 처방하였고, 한의사 C는 목이 아프다고 하는 환자의 상체 전부에 초음파검사를 한 다음 목 뒤쪽에 침구치료 및 부항 등 물리치료를 하고 갑상선결절이라는 병명으로 소견서를 작성해 양방병원에 전원을 의뢰하는 등 환자들에게 초음파 촬영 비용을 별도로 받지 않고 초음파 촬영을 통한 진료행위를 하였습니다.

(2) 부산지방법원 동부지청 검사는 A, B에 대해 "한의사가 사용할 수 없는 초음파 골밀도 측정기를 사용하여 의사가 아니면서도 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다"는 피의사실에 대해 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조(부정의료업자), 의료법 제27조를 적용하여 기소유예처분을 하였고, 춘천지방법원 원주지청 검사는 C에 대해 의료법 제27조 위반의 '무면허 의료행위'임을 인정하고, 기소유예처분을 하였습니다. 관련 규정은 다음과 같습니다.

제5조(부정의료업자의 처벌)

「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위
2. 치과의사가 아닌 사람이 치과의료행위를 업으로 한 행위
3. 한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위

제27조(무면허 의료행위 등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

(3) 기소유예처분을 받은 한의사들은 “의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정한 의료법 제27조는 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙 등에 위반되고, 기소유예처분은 청구인들의 평등권, 직업의 자유, 행복추구권을 침해하였다”고 주장하면서, 각각 검사를 피청구인으로 하여 “기소유예처분을 취소해 달라”는 취지의 헌법소원심판(2009헌마623, 2010헌마109 각 기소유예처분취소)을 청구하였습니다.

(4) 대한한의사협회는 사건의 초기부터 청구인들의 대리인을 통해 적극적으로 의견을 제출하였고, 대한한의사협회는 영상의학과 전문의, 내과 전문의와 함께 제3자참가(헌법재판소법 제40조제1항, 행정소송법 제16조)를 하였습니다.

(5) 청구인들은 명확성의 원칙, 평등권 등에 관해 헌법소송적 쟁점들을 제기했지만, 실질적인 쟁점은 “한의사가 초음파기기를 사용해 진료행위를 해도 무방한가”, 나아가 “초음파기기를 사용해 진료행위를 하는 것은 의료행위의 고유영역인가, 아니면 한방의료행위의 영역에도 포함될 수 있는가”이었습니다.

2. 청구인들과 대한한의사협회 주장의 요지

청구인들과 대한한의사협회측 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) 한의사의 초음파기기 사용은 ‘정보수집’을 위한 것일 뿐, ‘정보의 해석’, 즉 ‘진단(변증)’에

해당하지 않고, 초음파기기 자체는 다른 방사선기기와 달리 별다른 위험성도 없으므로, 한의사들이 초음파기기를 사용해 '정보수집'을 하는 것을 금지할 이유가 없다.

(2) 한의과대학의 교과과정에는 초음파기기 사용에 필수적인 교과목들(예컨대 발생학, 생리학, 병리학, 방사선과학 등)이 포함되어 있으므로, 한의사자격을 취득한 한의사는 초음파 진단기를 사용할 능력을 충분히 보유하고 있다.

(3) 현행 의료법상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 불명확하고, 현행법상 한의사가 초음파기기를 사용하는 것에는 아무런 문제가 없으며, 미국의 초음파 부티크에서는 비의료인들이 초음파기기를 사용하여 자유롭게 태아를 촬영하기도 한다.

3. 한의사의 현대적 의료기기 사용에 관한 선례들

(1) 한의사들이 크게 늘어나면서 한의사들은 지속적으로 의사들의 업무영역에 진입하였고, 이에 따라 여러 사건에서 의료행위와 한방의료행위의 구분이 문제되었습니다. 이는 결국 "의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다"고 규정한 현행 의료법 제27조(구 의료법 제25조)제1항 본문 후단 부분의 효력 및 그에 대한 해석의 문제로 귀결됩니다.

(2) 먼저 서울고등법원은 "한의사가 방사선사로 하여금 전산화단층촬영장치(CT기기)로 촬영하게 하고 이를 이용하여 방사선진단행위를 한 것은 '한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려우며, 의료법 제25조에서 정한 '면허된 이외의 의료행위'를 한 경우에 해당한다"고 판시한 바 있습니다(서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

또한 서울행정법원은 한의사가 진단용 엑스선 발생기인 'BGM-6'를 사용하여 성장판검사를 실시한 것에 관해 "'한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려워 한의사의 면허 범위 외의 의료행위에 해당"한다고 판시하면서 '한방의료행위의 판단기준'에 관해 "구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 관계 규정, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것으로, 어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것"이라고

판시한 바 있습니다(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결).

한편 최근 부산지방법원은 한의사가 성장클리닉을 운영하면서 골밀도 측정용 초음파 진단기기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 환자들의 발목 부분을 촬영하게 하고 이를 이용하여 성장판의 개폐 및 그 진행 상태에 관한 진단행위를 한 것에 관해 "한방의료행위에 포함된다고 보기 어려워 면허된 이외의 의료행위를 한 때에 해당한다"고 판시함으로써, 피고인에게 의료법위반죄를 인정하였습니다(부산지방법원 2011. 11. 25. 선고 2011노2012 판결).

4. 대한의사협회 주장 요지

대한의사협회 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '진단'에 선행하면서 의료행위와 무관한 '정보수집'이란 있을 수 없고, 환자의 신체상태에 관한 '정보수집' 자체가 이미 '진단'행위의 일부에 해당한다. 이 사건에서 한의사는 초음파기기를 사용해 진료한 다음 '갑상선결절 추정'이라는 소견을 작성하였는데, 이러한 초음파기기 사용은 '의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위'에 해당하며, 그와 무관한 정보수집행위가 아니다. 또한 초음파기기의 사용은 '음양, 오행, 정기, 사기, 기의 흐름, 경혈, 경락 등'의 개념을 기초로 진단, 치료하는 전통적 한의학의 이론에 전혀 부합하지 않는다.

(2) '의학적 용도의 초음파기기 사용이 위험한 것인지'는 방사선의 유무나 방사선량의 정도만을 기준으로 판단할 수 없고, 반드시 '정확한 진단'의 가능성, 즉 '오진' 가능성을 기준으로 판단하여야 한다. 초음파검사에는 해부학적 지식을 기초로 한 의학적 지식이 필수적이고, 확진에 다른 영상의학적 검사들 및 다른 의학적 검사들이 필요한 경우가 대부분이다. 의사들의 경우에도 초음파검사만으로 확진하는 경우 오진 가능성이 높다. 이 사건에서, 성장판검사를 할 수 없는 초음파기기를 사용해 성장판검사를 한 후 한의사가 내린 '진단'은 '오진'이 될 가능성이 매우 높다.

(3) 한의과대학에서 의학과목을 교육하는 것은 한의학이론에 전혀 부합하지 않는다. 또한 한의과대학 교과과정의 경우, 대부분의 교과목은 한의학이론에 기초한 것이고, 대한한의사협회의 주장과 달리 의학과목은 몇 개 없으며, 전문적인 실습이 이루어지지도 않는다. 영상의학 장비를

이용한 의학적 검사에는 고도의 통합적 의학 전문지식과 전문적 수련이 요구되는데, 통상적으로 영상의학적 검사는 영상의학 전문의에 의해 시행되고 있다. 한의사협회측의 주장대로라면 해부학, 생리학, 병리학을 교육받고 있는 약사, 치과의사, 간호사도 초음파기기를 사용할 수 있다는 것이 되는데, 이런 부당한 결론은 대한한의사협회가 면허제도의 의미를 간과하고 의료행위, 한방의료행위, 비의료행위의 구분을 무시하는 것에서 비롯된 것이다.

(4) 보건복지부는 국민건강보험법 제42조제4항에 근거하여 모든 의료행위, 한방의료행위를 대상으로 '그 행위가 건강보험요양급여의 대상인지 여부'를 고시하고 있으며, 따라서 현행 법령상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 명확하다. 현행 보건복지부 고시에 의하면 초음파검사는 분명하게 '의료행위' 중 '비급여 항목'에 포함되어 있으며, '한방의료행위'가 아님이 명백하다. 한편 이 사건의 쟁점은 '누구나 초음파기기를 자유롭게 사용해도 무방한가'가 아니라 '진단과 치료를 위한 의료적 용도로 한의사가 초음파기기를 사용해도 되는가'이다. 따라서 미국의 초음파 부티크에서 태아를 기념 촬영하는 행위와 한국의 한의사가 질병의 발생, 정도를 확인하기 위해 초음파기기를 사용하는 행위는 비교의 대상이 될 수 없다.

5. 헌법재판소 결정의 요지

헌법재판소는 대한의사협회의 주장을 받아들여 청구인들의 청구를 모두 기각하였습니다. 결정의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'에서의 '의료행위'는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여서 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 이것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

또한 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면, 한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 청구인은 (학문적 목적이 아니라) 환자를 치료할 목적으로, 또는 환자의 질병을 진단할 목적으로 초음파 진단기를 사용한 것이다. 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 침구치료 등을 한 행위는 의료법상 '의료행위'에 해당한다. 한의사에게 면허된 '의료행위'는 한방의료행위라 할 것인데, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(3) 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 그 결과를 토대로 침술 등 치료행위를 한 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니라 인체에 대한 해부학적 지식을 기초로 한 것이다.

또한 초음파검사는 기본적으로 의사의 진료과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함되어 있다. 의과대학 및 의학전문대학원에서 행하는 초음파검사 관련 교육이나, 전문의 수련과정 등에서 이루어지는 초음파검사 실습의 실태 등을 보면, 원칙적으로 초음파 진단기를 통해 얻어진 정보를 기초로 진단을 내리는 것은 영상의학과 전문의 또는 의과대학에서 영상의학과 관련 이론 및 실습을 거친 의사의 업무영역에 속한다고 볼 수 있다.

(4) 따라서 청구인의 행위는 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당하지 않는다.

6. 헌법재판소 결정의 의미와 향후 전망

헌법재판소는 지금까지 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며"라고 규정한 의료법 제27조제1항 본문 전단 부분에 관해서만 판단해 왔을 뿐, 후단 부분의 효력과 의미에 관해서는 입장을 밝힐 기회를 갖지 못하였습니다. 이 사건은 헌법재판소가 처음으로 그에 관해 구체적 입장을 밝힌 데 첫 번째 의미가 있습니다.

두 번째로, 헌법재판소는 지금까지 한방의료행위의 개념에 관해 "우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미"한다고 판시해 왔을 뿐, '한방의료행위의 판단기준'에 관해서는 그 입장을 밝힌 적이 없었습니다. 헌법재판소는 이 사건에서 처음으로 "특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그

의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단"해야 한다는 입장을 밝혔습니다.

세 번째로, 이 사건에서 헌법재판소는 초음파기기 사용이 한방의료행위의 범위에 속하지 않음을 명확히 하였습니다. 이러한 판단은 향후 한의사의 현대적 의료기기 사용이 합법적인지 여부에 관한 판단에 있어 중요한 시금석이 될 것으로 보입니다.

다만 이 사건 결정 이후 대한한의사협회는 "작년 7월에 개정된 한의약육성법의 취지에 부합하도록 초음파 진단기 등 현대적 의료기기에 관한 교육의 강화 및 한의약적 활용 등으로 한의약의 현대화·객관화·표준화를 위한 제반 여건 개선에 박차를 가할 것"이라는 내용의 성명을 발표하였습니다. 따라서 이후에도 현대적 의료기기 사용을 둘러싼 의사들과 한의사들의 분쟁은 계속될 것으로 보입니다.

7. 다운로드 : [헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623, 2010헌마109 결정](#)