

중간적·혼합적·중첩적 의료영역과 치과의사의 무면허 의료행위 : 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결을 중심으로

도 규 업*

국 | 문 | 요 | 약

최근 서로 다른 직역의 의료인 간에 유행처럼 번져가는 밥그릇 전쟁은 의료형법의 영역에 있어서는 의료면허범위 외의 무면허 의료행위죄 성립 여부로 귀결되어 중대한 난제로 자리잡게 되었다. 우리나라에서는 종래 의사와 한의사 직역 간 다통이 주를 이루었으나 차츰 타의료영역 간의 다통도 수면 위로 떠오르는 추세이다. 의료영역 자체가 지니는 가변성·불명확성·확장지향성, 신의료기술·기기의 개발, 현대의학의 전문화와 탈전문화 현상, 의료영역에서의 협업 및 통합에 대한 요구 등은 특정 의료영역의 배타적 지배성을 약화시킴과 동시에 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 확장을 촉진시키고 있고, 이는 의료직역 간 면허범위의 논쟁으로 이어진다.

대상판결은 종래에는 의사면허범위 내의 의료행위로서만 인식되고 행하여지던 안면 보톡스 시술행위를 치과의사 면허범위 내의 의료행위로도 인정함으로써 의사와 치과의사 간 밥그릇 전쟁의 뜨거운 서막을 올렸다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 아직은 생소하게 느껴질 수 있는 영역일지 모르겠지만 현대 의학의 발전과 변화의 흐름상 중간적·혼합적·중첩적 의료영역은 이미 상당히 존재하고 있고 향후 급속도로 증대되어 갈 전망이다. 이러한 상황 하에서 종래의 전통적인 배타적 의료영역의 관념을 고수하고 있다면 이미 진행되고 있는 의료 패러다임의 변화에 대응할 수가 없다. 이러한 점을 고려했을 때, 대상판결은 종래 면허범위의 수평적 분화가 엄격하게 이루어진 것으로 해석되고 있던 의사와 치과의사 간의 의료면허범위 설정 문제에 있어서, 변화하는 트렌드에 적화된 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 관념을 기초로 면허범위 설정의 새로운 패러다임을 구축한 유의미한 판결이라 생각한다.

❖ 주제어 : 중간적·혼합적·중첩적 의료영역, 무면허 의료행위, 치과의사 면허범위, 의료면허범위

* 한국형사정책연구원 인턴연구원, 법학박사

[대상판결] 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결

[1] [다수의견] 의료법 제2조 제1항, 제2항 제1호, 제2호, 제3호, 제5조, 제27조 제1항 본문, 제87조 제1항이 의사, 치과의사 및 한의사가 각자 면허를 받아 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 규정한 취지는, 각 의료인의 고유한 담당 영역을 정하여 전문화를 꾀하고 독자적인 발전을 촉진함으로써 국민이 보다 나은 의료혜택을 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.

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 기본적인 체계로 하고 있으나, 각각의 업무 영역이 어떤 것이고 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, 법률로 일의적으로 규정하는 경직된 형태보다는 시대적 상황에 맞는 합리적인 법 해석에 맡기는 유연한 형태가 더 적절하다는 입법 의지에 기인한다.

의사나 치과의사의 의료행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 구체적인 사안에 따라 의사와 치과의사의 면허를 구분한 의료법의 입법 목적, 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 한다.

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 일반적이다. 그러나 치과의사의 의료행위와 의사의 의료행위가 이러한 전통적 관념이나 문언적 의미만으로 구분될 수 있는 것은 아닐뿐더러, 의료행위의 개념은 고정 불변인 것이 아니라 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 치과진료 영역을 넘어서 치과 의사에게 허용되는 의료행위의 영역이 생겨날 수도 있다. 따라서 앞서 든 ‘면허된 것 이외의 의료행위’ 해당 여부에 관한 판단기준에 이러한 관점을 더하여 치과의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하여 의료법 위반으로 처벌대상이 되는지 살펴볼 필요가 있다.

[대법관 김용덕, 대법관 김신의 반대의견] 의료법 제2조 제1항, 제2항 제1호, 제2호, 제3호, 제5조는 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(한방)’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 있다. 또한 구강 보건지도에 관한 사항을 의사의 임무 영역에서 분리하여 치과의사에게 전담시켜 이를 활성화하는 한편 전문

화가 이루어질 수 있도록 유도한 것 역시 같은 취지이다.

위와 같은 의료법의 문언·체계·취지 등에 비추어 보면, 의사와 치과의사의 면허 및 그 대상인 의료 영역을 최소한의 문언적 표지를 두어 구분한 것은, 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 의료행위의 구분이 불분명하게 되어 혼란을 초래하고 예측가능성을 해치게 되므로 죄형법정주의 정신에 반하게 되는 결과를 낳게 된다.

치과의사 면허 범위를 확정하는 전제가 되는 의료행위는 치아와 구강, 위턱뼈, 아래턱뼈, 그리고 턱뼈를 덮고 있는 안면조직 등 씹는 기능을 담당하는 치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등에 대한 치과적 예방·진단·치료·재활과 구강보건(이하 이를 통칭하여 ‘치과적 치료’라 한다)을 목적으로 하는 의료행위를 뜻한다고 해석된다. 그리고 치과적 치료를 목적으로 하는 의료행위라면, 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 시술할 수 있는 경우도 있다. 그렇지만 그 경우에도 치과적 치료 목적이 라는 범위 내에서 제한적으로 허용되는 것에 불과하고, 치과적 치료 목적을 벗어나 시술이 이루어진다면 이는 치과의사의 면허 범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.

[2] 치과의사인 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 환자의 눈가와 미간의 주름 치료를 함으로써 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서, 의료법 등 관련 법령이 구강악안면외과를 치과 영역으로 인정하고 치과의사 국가시험과목으로 규정하고 있는데, 구강악안면외과의 진료영역에 문언적 의미나 사회통념상 치과 의료행위로 여겨지는 ‘치아와 구강, 턱뼈 그리고 턱뼈를 둘러싼 안면부’에 대한 치료는 물론 정형외과나 성형외과의 영역과 중첩되는 안면부 골절상 치료나 악교정수술 등도 포함되고, 여기에 관련 규정의 개정 연혁과 관련 학회의 설립 경위, 국민건강보험공단의 요양급여 지급 결과 등을 더하여 보면 치아, 구강 그리고 턱과 관련되지 아니한 안면부에 대한 의료행위라 하여 모두 치과 의료

행위의 대상에서 배제된다고 보기 어려운 점, 의학과 치의학은 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리가 다르지 아니하고, 각각의 대학 교육과정 및 수련과정도 공통되는 부분이 적지 않게 존재하며, 대부분의 치과대학이나 치의학전문대학원에서 보톡스 시술에 대하여 교육하고 있고, 치과 의료 현장에서 보톡스 시술이 활용되고 있으며, 시술 부위가 안면부라도 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 없는 점 등을 종합하면, 환자의 안면부인 눈가와 미간에 보톡스를 시술한 피고인의 행위가 치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수 없고, 시술이 미용 목적이라 하여 달리 볼 것은 아니라고 한 사례.

[연구]

I. 들어가는 말

최근 서로 다른 직역의 의료인 간에 유행처럼 번져가는 밥그릇 싸움, 아니 밥그릇 전쟁-이만하면 싸움이 아니라 전쟁이다-은 의료형법의 영역에 있어서는 의료면허범위 외의 무면허 의료행위죄 성립 여부로 귀결되어 중대한 난제로 자리잡게 되었다. 우리나라에서는 종래 의사와 한의사 직역 간 다툼이 주를 이루었으나 차츰 타의료영역 간의 다툼도 수면 위로 떠오르는 추세이다. 의료영역 자체가 지니는 가변성·불명확성·확장지향성, 신의료기술·기기의 개발, 현대의학의 전문화와 탈전문화 현상, 의료영역에서의 협업 및 통합에 대한 요구 등은 특정 의료영역의 배타적 지배성을 약화시킴과 동시에 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 확장을 촉진시키고 있고, 이는 의료직역 간 면허범위의 논쟁으로 이어진다. 새로운 의료기술이나 기기가 도입될 때 자신들의 밥그릇에 담으려고 치열하게 싸우는 것은 당연하거니와 특정 의료행위가 A라는 의료면허의 범위 내에 있다는 사실이 일반적으로 알려져 있다고

하더라도 그것이 현재의 관점에서 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 내의 것이라고 판단된다면 해당 의료행위는 B라는 의료면허의 범위 내에도 속한다고 결론내릴 수 있기 때문이다.

의료법 제27조 제1항에서는 의료인이 ‘면허된 것 이외의 의료행위’를 하는 것을 무면허 의료행위로서 금지하고 있고, 그 위반에 대하여 제87조에 처벌규정을 두고 있다. 의료인이라 하더라도 자신이 소지하고 있는 의료면허범위를 벗어난 의료행위를 하면 무면허 의료행위죄에 해당한다는 것이다. 이와 관련하여 본 사안에서는 환자의 안면부인 눈가와 미간에 보톡스를 시술한 행위가 치과의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지가 문제되었다.

대상판결은 종래에는 의사면허범위 내의 의료행위로서만 인식되고 행하여지던 안면 보톡스 시술행위를 치과의사 면허범위 내의 의료행위로도 인정함으로써 의사와 치과의사 간 밥그릇 전쟁의 뜨거운 서막을 올렸다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 대상판결을 살펴보기 전에 우선 중간적·혼합적·중첩적 의료영역에 대하여 개념적·현상적 고찰을 시도해 볼 것이다. 이를 통하여 의료와 관련하여 서로 다른·특히 의사, 한의사, 치과의사와 같이 수평적으로 구분되는 직역 간에 의료면허범위가 문제될 경우 어떠한 방향으로, 그리고 어떠한 기준으로 해석할 것인지 감을 잡을 수 있으리라 기대한다. 나아가 대상판결의 다수의견과 반대의견이 강하게 대립하고 있는 부분들을 중첩적으로 검토함으로써 면허범위 설정에 있어서의 구체적 판단기준을 세우고 이를 바탕으로 치과의사의 안면 보톡스 시술행위 허용 여부에 대한 입장을 밝히고자 한다.

II. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 증대

1. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 의의

우선 어떤 의료행위가 둘 이상의 의료면허범위 사이의 경계선상, 즉 중간지대에 위치하는 경우가 존재할 수 있는데, 이러한 영역을 중간적 의료영역이라 한다. 중간

적 의료영역상의 의료행위로 인식되는 경우 중 상당수는 도대체 어떠한 의료면허소지자의 업무영역에 속하는 것인지 판단하기 애매한, 회색지대에 위치한 경우인데, 추후 검토를 통해 특정 의료면허의 배타적 범위 내의 것으로 결론지어질 수도 있고 혼합적 의료영역 혹은 중첩적 의료영역에 위치한 것으로 여겨질 수도 있다. 신의료기술 혹은 신의료기기의 개발로 인하여 등장한 새로운 의료행위에 대하여 각 분야 의료계에서 서로 자신들의 의료면허범위 내의 것이라고 다투는 경우를 그 대표적 예로 들 수 있다.

혼합적 의료영역이라 함은 복수의 의료영역이 혼합·혼재된 성격을 지니는 영역인데, 이때 혼합된 여러 의료면허 중 일부의 소지자가 다른 영역의 관여 없이 독자적으로 의료행위를 하는 것이 원칙적으로 인정되는 것은 아니다. 혼합의 정도와 비율, 해당 의료행위에 있어서 요구되는 전문성, 해당 면허를 통하여 담보되는 전문성 등을 고려하여 독자적 의료행위 가능성을 검토하여야 할 것이다. 통합의료의 시행을 통하여 여러 전문의료분야가 함께 관여하는 경우나 여러 의료인 간 혹은 의료인과 비의료인 간에 협업이 이루어지는 경우에 이러한 혼합적 의료영역이 존재하게 된다. 특히 최근 과학기술의 비약적 발전으로 인해 폭발적으로 확대될 전망에 놓여 있는 로봇기술의 의료적 활용에 있어서 과학기술적 전문성을 갖춘 전문가의 협력이 요구되는 경우는 의료인과 비의료인 간의 협업을 내용으로 하는 혼합적 의료영역의 대표적 사례가 될 수 있다.

중첩적 의료영역은 복수의 의료면허범위가 겹쳐져 있는 경우를 의미하는데, 여러 의료면허소지자가 각자 자신의 면허범위 내에서 독자적으로 수행할 수 있는 하나의 의료행위가 있을 때 바로 이를 중첩적 의료영역에 위치했다고 표현할 수 있다. 즉 어떤 의료행위가 다른 의료면허에 대한 고려와는 상관없이 A라는 의료면허범위 내에 속한다고 평가되고, 그와 동시에 역시 다른 의료면허에 대한 고려 없이 B라는 의료면허범위 내에도 속한다고 평가된다면 이는 중첩적 의료영역에 속한 의료행위인 것이다. 보건의료법제 시스템상 직역이 수직적으로 구별되는 면허-예를 들어 의사면허와 간호사면허가 이에 해당한다-의 소지자 간 관계에 있어서 기본적으로 상위의료면허 소지자-앞의 예에서 의사는 하위의료면허 소지자-앞의 예에서 간호사-의 면허범위 내 의료행위를 수행할 수 있는 것이고 이 경우 면허시스템상 중첩적

의료영역이 존재하는 것이라 볼 수 있다.

사실 중간적·혼합적·중첩적 의료영역과 관련하여 핵심적 문제는 바로 수평적으로 직역이 구분되는 것으로 여겨지는 최상위의료인들, 즉 의사, 치과의사, 한의사의 면허범위 해석에 있어서 각각 고유한 배타적 지배영역이 존재한다는 전제 하에 각 영역의 뚜렷한 경계선이 그어져 있는 것으로 보아야 할지 아니면 서로 간의 경계에서 중간적·혼합적·중첩적 의료영역이 존재할 가능성이 있다고 보아야 할지의 문제이다.

2. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 증대 원인

가. 의료영역의 가변성 및 불명확성

골다공증, 발기부전, 탈모, 우울증, 과민성대장증후군, 주의력결핍과잉행동장애(ADHD) 등과 같이 자연스러운 노화로 받아들여졌던 단순한 현상이나 어쩔 수 없는 불편 혹은 개인의 성격에 불과한 것으로 취급되었던 것들에 어느새 ‘질병’이라는 이름이 붙게 되었다.¹⁾ 의학 및 의술의 발달로 질병에 대한 연구에 있어서도 엄청난 도약이 있었다. 질병은 동시대 의학의 관점에서 인식하는 것이고, 따라서 과거에는 질병으로 인식될 수 없었던 수많은 증상들이 현대 의학의 수준 및 관점에서 새로이 질병으로 인식되어 간다. 이처럼 질병이라는 개념 자체가 지니는 상대성으로 인해 의료영역은 가변성 및 불명확성을 지닌다. 질병 개념과 의료영역이 이처럼 가변적이고 불명확한 이상 서로 다른 의료영역 간의 경계도 가변적이고 불명확할 수밖에 없고, 따라서 복수의 의료영역 사이에서 중간적·혼합적·중첩적 의료영역이 얼마든지 존재할 수 있는 것이다.

나. 의료화를 통한 의료영역의 확장지향성

앞서 살펴 보았듯이 종래에는 질병 개념에 포함되어 있지 않던 증상 등이 치료의 대상으로 인식되어 질병 개념으로 포섭되는 경우들이 있다. 의료화라 함은 이와 같

1) 박재영, 「개념의료 -왜 병원에만 가면 화가 날까-」, 청년의사, 2014, 250면.

이 과거에는 의료의 영역이 아니었던 부분들이 점차 의료의 영역으로 편입되는 현상을 뜻한다.²⁾ 의료화의 원인으로는 새로운 치료제 혹은 새로운 치료 및 검사기기의 개발을 통한 질병 부풀리기, 의사들과 언론매체의 의료시장 확대 조장 등이 있다.³⁾ 과거 의료는 치료만을 목적으로 하여 행하여졌으나 이제는 의료의 목적이 단순한 치료를 넘어서서 질병 및 상처의 치료, 예방 등과 상관없는 것까지 이르게 되었다. 미용을 위한 성형수술·시술이 그 대표적 사례이다. 과거 의료가 질병 및 상처에 대한 치료 등을 위해서만 행하여졌던 것과는 달리 이제 의료는 더 아름다운 외모를 갖고자 하는 개인의 욕구를 충족시키기 위한 도구로서도 널리 이용되고 있다. 이처럼 의료화 과정에서 의료영역의 경계는 차츰 확장되어 가는데, 종래 서로 다른 영역에서 취급되어 왔던 것들이 접촉하는 과정에서 경쟁과 충돌이 발생하는 것은 물론 융합도 이루어질 수 있고, 이러한 영역은 더욱 늘어갈 것이다.

다. 신의료기술 및 기기의 개발

새로운 의료기술이 개발되거나 새로운 의료기기가 도입되면 자연스레 이러한 의료영역을 독점하기 위하여 각기 다른 의료집단 사이에서 첨예한 싸움이 벌어지게 된다. 신기술 혹은 신기기의 원리 및 작용기재가 어떤 한 의료영역에서 비롯된 것이라 보기 어렵고 복수의 의료영역의 경계영역에 있다고 볼 수 있는 경우, 여러 의료적 원리가 혼합된 경우, 여러 의료영역에서 독자적으로 행하여지거나 이용되는 데 있어서 별 문제가 없는 경우 등이 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 문제로 취급될 것이다.

과학기술의 놀라운 발전으로 말미암아 로봇 혹은 인공지능의 상용화가 머지않은 시기에 현실화될 전망이다. 이러한 의료 분야에서의 로봇 및 인공지능기술 기타 미래과학기술의 적극적 활용은 의료에 있어서 새로운 시대 도래의 상징과도 같은 것이다. 그 기술의 활용에 있어서 고도의 기술적 혹은 과학적 전문성이 요구되는 경우, 의료전문성을 갖춘 것만으로는 독자적 시행을 허용할 수 없고 필요한 전문성을 갖춘 인력의 협업 또는 그러한 전문성을 담보할 수 있는 별도의 안전장치가 마련된

2) 박재영, 앞의 책, 250면.

3) 박재영, 앞의 책, 250-252면.

경우여야만 해당 의료행위가 면허범위 내의 것으로서 허용된다고 보아야 한다. 즉 혼합적 의료영역의 문제가 발생할 수 있는 것이다.

라. 현대의학의 전문화와 탈전문화

1) 전문화

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.⁴⁾ 이를테면 치과 진료 영역에서 고안되고 발전된 것으로 알려진 양악 수술이 성형외과에서 시행되고 있는가 하면, 성형외과에서 시행되는 구순구개열 수술이 치과에서도 이루어지고 있는 의료 현실은 이를 뒷받침한다.⁵⁾ 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 의료영역이나 그에 적합한 진료방법이 불가피하게 출현·존재하게 된다.⁶⁾ 이러한 현대의학의 특성과 현상으로 인하여 의료직역 담당자 사이의 협진만으로는 그 신속·긴급성을 충족시키기 어려운 경우도 있고 직역의 엄격한 구분 자체가 의료기술의 발달과 특정한 진료분야의 전문성을 오히려 저해할 수도 있다.⁷⁾

2) 탈전문화

의료의 전문화가 강해지면서 전문분야 내에서도 세부전문화가 또 이루어지게 되는데, 예를 들어 내과 내에서 소화기 내과, 순환기 내과 등으로 세분화되는 것이다.⁸⁾ 의료기술이 낮은 단계에서는 의사 1인이 의료의 전과정에 관여하여 직접 지

4) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

5) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

6) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

7) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

8) 조병희, 「질병과 의료의 사회학」, 집문당, 2016, 225면.

휘·통제하는 것이 가능하지만 그 수준이 고도로 높아지게 되면 의사는 세부전문영역에만 집중하고 그 외의 부분은 다른 전문가들에게 맡기게 된다.⁹⁾ 예를 들어 생명공학의 발전으로 경우에 따라 수의학, 분자생물학, 의공학, 임상역학, 정보공학 등의 전문가들의 도움이 필요한 상황이 발생하게 된 것이다.¹⁰⁾

탈전문화는 환자들의 행태변화와도 관계가 있는데, 과거의 환자들이 의료에 무지하고 전문가인 의사에게 일방적으로 의존하였던 반면 요즘은 환자들의 지식수준이 높아지고 환자 스스로 의료 ‘소비자’로서의 권리의식을 갖추고 있는 경우들이 많다.¹¹⁾ 전문가인 의사가 환자의 니즈에 맞추어 의료서비스를 공급하는 경우들이 생겨나게 된 것이다. 환자가 원하는 서비스가 여러 의료영역에 걸쳐 있어 분업 내지 협업이 필요한 경우, 다양한 의료영역에서 각각 독립적으로 행하여지는 경우에 중간적·혼합적·중첩적 의료영역이 문제될 수 있다.

마. 의료의 핵심기능의 전환

현대의학은 질병을 치료하는 의미의 ‘치료의학’ 개념에서 서비스의 일종인 ‘의료 서비스’ 개념으로 변화되었고, 의료의 핵심기능이 치료 중심에서 예방 및 건강증진 중심으로 바뀌고 있다.¹²⁾ 사람들은 의학에게 다양한 것들을 기대하게 되고, 의학의 스펙트럼은 매우 확대되었다.¹³⁾ 현대의료에 있어서 미용을 목적으로 한 처술이 매우 큰 비중을 차지하고 있는 것이 바로 그 대표적 예이다. 이러한 서비스 개념으로의 변모에 따라 의료의 영역인지 아닌지 애매한 회색지대 내지 중간영역도 점차 증대되어가고 있고,¹⁴⁾ 의료영역 내에서도 어떤 의료영역에 속하는지 불분명하거나 여러 의료영역이 혼재되어 있거나 혹은 여러 의료영역에서 독자적으로 수행가능한 영역들이 확대되고 있다. 이처럼 의료서비스 개념의 유입으로 인하여 진단과 치료라는 전통적 의료개념에 대한 수정이 불가피해졌고, 의료소비자로서의 환자의 의료선

9) 조병희, 앞의 책, 225면.

10) 조병희, 앞의 책, 225면.

11) 조병희, 앞의 책, 225면.

12) 박재영, 앞의 책, 252-253면.

13) 박재영, 앞의 책, 253면.

14) 박재영, 앞의 책, 254면.

택권을 존중하는 방향으로 의료규제의 패러다임도 바뀔 수밖에 없는 상황에 놓여진 것이다.

바. 통합의료체계 구축 및 협업에 대한 요청

현대사회는 학문연구 및 기술개발에 있어서 융합주의가 보편화되는 흐름에 직면해 있다. 다른 분야 간의 융합을 통하여 기존에 가질 수 없었던 새로운 가치를 창출하고 고차원적 기술을 습득할 수 있게 된 것이다. 의료분야 역시 협업에 대한 요청이 증가하고 있고, 통합의료체계의 필요성이 강조되는 실정이다. 통합의료체계가 구축되고 의료분야에서 협업이 활발히 이루어지게 되면 자연스럽게 중간적·혼합적·중첩적 의료영역이 확장될 것이다.

Ⅲ. 의료인의 면허범위 설정과 중간적·혼합적·중첩적 의료영역

1. 의료법 제27조 제1항상 의료인의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’

의료법 제27조 제1항은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정하여 비의료인의 의료행위 외에 의료인의 면허범위를 벗어난 의료행위도 금지하고 있다. 그 위반에 대해서는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 동법 제87조가 규정하고 있다.

우선 동항에서 말하는 ‘의료행위’ 개념에 대하여 살펴볼 필요가 있는데, 우리 대법원과 헌법재판소는 ‘의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’로 파악하고 있고,¹⁵⁾¹⁶⁾ 학자들도 대체로 이에 따르고 있다.¹⁷⁾

15) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298 판결; 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결; 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결; 대법원 1999. 6.

동향 후단은 의료인이 자신의 면허범위를 벗어나 의료행위를 한 경우 역시 무면허 의료행위로서 금지되는 것으로 정하고 있다. 의료법 제2조 제1항에서는 명문으로 의료인의 범위를 ‘보건복지부장관의 면허를 받은 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사’로 제한하고 있다. 이 경우 면허범위에 대한 해석이 무면허 의료행위죄 성립 여부를 좌우하게 된다.

한편 현행법상 비의료인 중 의료관련 자격소지자의 경우에는 의료인의 행위를 전제로 한 의료법 제27조 제1항 후단이 적용될 수 없다. 즉 동향 후단의 ‘면허범위 외의 의료행위’에 해당하는 것이 아니라 동향 전단의 ‘비의료인의 의료행위’에 해당한다. 만약 동향 전단상 금지되는 의료행위를 파악함에 있어서 행위자가 소지하고 있는 의료관련 자격에 내포되어 있는 전문성을 전혀 고려하지 않는다면 비의료인 중 의료관련 자격소지자의 의료행위는 예외 없이 무면허 의료행위죄의 구성요건에 해당하게 될 것이고, 해당 자격이 담보하는 전문성을 고려한다면 비의료인 중 의료관련 자격소지자의 일부 의료행위는 금지되는 의료행위의 포섭범위에서 제외되어 무면허 의료행위죄의 구성요건해당성이 배제될 것이다. 물론 무면허 의료행위죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도 형법 제20조가 적용되어 개별법령을 통하여 혹은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당화될 가능성은 여전히 열려 있다.

2. 면허범위 판단과 그 귀결로서 의료영역 성격의 구별

의료면허범위의 해석 문제에 있어서 배타적·중간적·혼합적·중첩적 성격을 띠는

-
25. 선고 98도4716 판결; 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결.
- 16) 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2010헌마658 결정. 同旨, 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2005헌바29, 2005헌바434 (병합) 결정.
- 17) 김민중, 「의료의 법률학」, 신론사, 2011, 29면; 김선옥 외 8인, 「의료와 법」, 썬크스마트, 2013, 52면; 김재윤, “무면허 대체의료행위의 형사법적 책임 -대법원 2005. 4. 29. 2004 도 7412 판결-”, 「비교형사법연구」 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 361면; 김한나/김계현, 「유사의료행위에 관한 법적 문제와 개선방안」, 의료정책연구소, 2009, 13면; 박성민, “무면허의료행위의 실체와 불법성 판단”, 「형사법연구」 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013. 12, 252면; 신현호, “의료행위의 범위와 안마행위규제의 위헌성 -대상판결: 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가16결정-(위헌제청법원: 서울지법 2002노5047 의료법위반사건)”, 「의료법학」 제5권 제1호, 대한의료법학회, 2004. 6, 154면; 주호노, 「의사법총론」, 법문사, 2012, 375면; 최재천/박영호/홍영균, 「의료형법」, 육법사, 2003, 25면.

의료영역이 미리 선결되어 있는 것은 아니다. 사실 개별적이고 구체적인 의료행위가 특정 의료면허범위에 포섭되는지 여부를 여러 종류의 의료행위·의료면허와 관련하여 다방면에서 반복적으로 살펴봄으로써 경험적으로 군집화되는 영역이 형성되는 것이라 볼 수 있다. 특정 의료행위가 명백히 특정 면허범위 내의 의료행위인지 그 범위 밖의 의료행위인지, 그 여부의 판단이 모호한 경우에 해당하는 것인지, 다른 전문가의 관여가 필요한 경우인 것인지, 해당 면허 외에 다른 면허의 범위 내에도 속하는 것으로 볼 수 있는지 등 면허범위에 대한 고찰을 통하여 해당 의료행위가 특정 의료면허의 배타적 의료영역 내에 위치하는 것인지, 여러 영역 간의 중간적 의료영역 혹은 혼합적 의료영역 또는 중첩적 의료영역에 속하는 것인지를 밝히게 되는 것이다. 물론 이 또한 법령의 제·개정에 의하여 변경될 수 있고, 기술의 발전, 의료현실·공동체적 가치관·정책기조의 변화 등에 따라 그 해석이 바뀔 수 있다.

3. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 개념의 효용성

어떤 의료행위가 배타적·중간적·혼합적·중첩적 의료영역 중 어디에 속하는 것인지의 문제가 선결되어 있지 않다면 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 개념을 인정하는 실익이 없지 않은가 하는 의문이 들 수 있다. 결론부터 말하자면, 그럼에도 불구하고 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 개념을 인정하는 것은 의미가 있다. 만약 이러한 개념을 전제로 하지 않는다면, 어떤 의료행위가 어느 한 의료면허의 범위 내에 있다는 것만으로 예를 들어 A라는 의료행위가 의사면허의 범위 내에 있다는 사실만으로 자동적으로 다른 의료면허소지자-앞의 예에서 치과의사나 한의사-에 의한 수행이 금지되어 버리는 결과가 도출된다. 이와 달리 의사, 치과의사, 한의사 면허범위의 경계 부분에서 중첩적 의료영역이 존재할 수 있다고 전제한다면 A의료행위가 의사면허범위에 속한다고 하더라도 치과의사나 한의사에 의한 수행이 허용될 수 있는 것이고, 따라서 그것이 의사면허범위 내에 속한다는 사실과 상관없이 치과의사나 한의사 면허범위에 대한 면밀한 검토가 별도로 이루어져야 한다.

의료영역 자체가 불명확성을 내포하고 있음에도 불구하고, 의료면허범위 경계의 명확성을 전제로 중간적·혼합적·중첩적 의료영역을 인정하지 않거나 혹은 매우 제

한적으로만 인정하려는 경직된 태도로는 앞서 살펴본 의료의 가변성과 확장지향성, 그리고 의료 패러다임의 변화 등에 제대로 대응할 수가 없다. 기본적으로 직역이 수평적으로 구별되는 의료인들-예를 들어 의사, 한의사, 치과의사-사이에서도 중간적·혼합적·중첩적 의료영역이 존재할 수 있다는 점을 적극적으로 인정하여 그 특수성을 바탕으로 면허범위 해석에 있어서 유연한 태도를 취하는 것이 의료소비자의 의료선택권 보장에 부합하는 바람직한 방법이라 생각한다.

4. 면허범위 설정의 핵심적 판단기준

생각건대 ‘해당 의료행위에 있어서 요구되는 전문성’과 ‘해당 면허를 통하여 담보되는 전문성’을 핵심적 판단요소로 삼고 ‘해당 의료행위의 보건위생상 위험성’을 함께 고려하여, 해당 면허를 소지한 의료인이 해당 의료행위를 행하였을 때 -적합한 다른 면허를 소지한 자가 행한 경우에 비하여- 보건위생상 위험이 명백히 증대되는지를 살펴봄으로써 의료면허범위를 설정해야 할 것이다.

해당 의료행위가 일반적으로 특정 의료면허의 전형적 업무범위에 속하는 경우라 하더라도 다른 의료면허를 소지한 의료인이 이를 행한다고 하여 곧바로 의료면허범위 외의 의료행위로 볼 것이 아니라, 행위자에게 담보된 전문성이 해당 행위에 있어서 요구되는 전문성의 정도를 충족하는 경우라면, 그리하여 보건위생상 위험이 명백히 증대되지 않는다면 면허범위 내의 의료행위로 보아 허용해야 한다.

해당 의료행위에 있어서 요구되는 전문성이 높을수록, 이와 관련하여 행위자가 소지한 면허를 통하여 담보될 수 있는 의료전문성이 낮을수록, 그리고 해당 의료행위의 보건위생상 위험성이 클수록 면허범위 외의 의료행위로서 금지될 가능성이 높아질 것이고, 반대로 요구되는 전문성이 낮을수록, 이와 관련하여 행위자가 갖추고 있는 의료전문성이 높을수록, 해당 의료행위의 보건위생상 위험성이 작을수록 면허범위 내의 의료행위로서 허용될 가능성이 높아질 것이다.

해당 의료행위의 보건위생상 위험성을 판단함에 있어서는, 해당 시술방법을 통하여 긍정적 결과가 도출될 확률(성공확률), 시술 자체의 위해 정도와 그 효과 및 부작용의 위해 정도, 실패시 위해의 정도를 중심으로 판단이 이루어져야 하고, 실패시

위해의 정도에 대해서는 해당시술로 인해 신체에 유발될 손상의 크기뿐만 아니라 중단시 원래상태로 쉽게 회복할 수 있는지도 함께 고려해야 할 것이다.

IV. 치과 의사의 안면 보톡스 시술행위가 ‘면허된 것 이외의 의료 행위’인지 여부

- 대상판결에 대한 검토

1. 안면 보톡스 시술행위와 관련한 치과 의사 면허범위 설정기준의 검토

가. 의사와 치과 의사 임무의 법문상 구별 여부

다수의견은, 의료법이 의사·치과 의사·한의사 각 업무 영역이 어떤 것이고 면허의 범위 안에 포섭되는 의료행위가 구체적으로 어디까지인지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다고 본다.¹⁸⁾ 이러한 관점에서 “의사나 치과 의사의 의료행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 구체적 사안에 따라 의사와 치과 의사의 면허를 구분한 의료법의 입법 목적, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과 대학 등의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다”는 입장에 서 있다.¹⁹⁾

반대의견은 ‘치과’ 의사라는 명칭 자체에서 치과적 진료를 주된 임무로 하고 있음을 알 수 있다는 점, 의료법이 명시적으로 ‘치과’ 의료와 ‘구강’ 보건지도를 치과 의사의 임무로 제한하고 있다는 점을 근거로 법문상의 “‘치과 의료’나 ‘구강 보건지도’의 개념을 토대로 치과 의사의 면허 범위를 판단하는 규범적 기준을 설정해야 한

18) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

19) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

다”고 주장한다.²⁰⁾

치과의료와 구강 보건지도를 치과의사의 임무로 규정하고 있는 의료법 제2조에 대하여 살펴보면, 구강악안면외과의 의료법령 체계로의 편입 시기와 경과, 그에 따른 의료실무에서 실시되는 진료영역, 임상의학에서의 진료 상황, 의료기술의 발달과 의료 환경의 변화에 따라 각 진료영역이 담당하는 임상적 진료범위가 확대되고 있는 사정 등에 비추어 볼 때, 해당 규정은 치아와 구강이 치과의사의 전형적·핵심적인 진료영역으로서 치과의사의 면허 대상의 중심이 된다는 뜻으로 해석해야 할 것이지²¹⁾ 치과의사 면허 대상이 치아와 구강에 국한된다는 뜻으로 해석할 것은 아니다.

앞서 살펴보았듯이, 의료영역의 경계와 의료행위 개념 자체가 가변성과 불명확성을 내포하고 있고, 또한 차츰 확장되어 가고 있다. 근래에 들어와 의료의 패러다임이 바뀌는 상황 속에서 서로 다른 의료영역 간의 통합의료체계는 물론이고 타영역과의 협업도 발전 및 증가하는 추세이다. 이러한 점들을 고려할 때, 의료법에서 ‘의료와 보건지도’, ‘치과의료와 구강 보건지도’를 구분하여 표현하고 있다고 해서 의료의 영역과 치과의료의 영역이 명확하게 구별되는 것은 결코 아니고, 따라서 법문상 의사와 치과의사의 면허범위가 명확하게 구분되어 있다고 볼 수가 없다.

나. 대상 부위와 치료의 목적

반대의견은 의사와 치과의사의 면허범위가 법문언상 명확히 구분된다는 전제 하에 치과의료행위를 ‘치아와 구강, 위턱뼈, 아래턱뼈, 그리고 턱뼈를 덮고 있는 안면 조직 등 씹는 기능을 담당하는 치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등’을 대상으로 하고, 치과적 예방·진단·치료·재활과 구강보건을, 즉 ‘치과적 치료’를 목적으로 하는 의료행위로 해석한다.²²⁾ 그리고 이를 전제로 치과적 치료 목적이라는 범위 내에서만 제한적으로 치과의사의 의료행위를 허용하는 논증구조를 취한다. 대법원은 과거에 의료행위 개념을 ‘질병의 예방 또는 치료행위’로 제한적으로 파악하였다가²³⁾

20) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

21) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

22) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

얼마 지나지 않아 “의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것”이라는 전제 하에 ‘질병의 치료와 관계가 없는 미용성형술’도 의료행위라는 입장으로 태도를 변경하였다.²⁴⁾ 의료 개념을 ‘치료 목적’으로 한계지우는 방법은 적용범위가 지나치게 좁아서 이처럼 이미 대법원이 포기한 방식인데, 치과의료의 영역을 파악함에 있어서 굳이 이 방식을 다시 꺼내어 취할 이유는 없다고 본다.

치과적 치료 목적을 내세우는 입장이라 하더라도 치료 아닌 단순한 심미적 목적만으로 이루어지는 전형적 치과시술에 대하여 치료 목적이 결여되었다는 이유로 이를 치과의료행위에서 제외하지는 않을 것이다. 결국 치과적 치료 목적을 내세우는 방법은 치과의료를 파악함에 있어서 일반적인 필요조건으로 치과적 치료 목적을 요구하는 것이 아니라 의사와의 업무범위 충돌이 문제되는 경우에 의사의 독점영역을 확보하고 치과의사의 업무범위를 제한시키는 기재로서 자의적으로 활용된다는 점에서 문제가 있다.

또한 이는 의사의 경우에는 치료 목적에 구애받지 아니하고 면허범위 내의 의료 행위라는 점을 인정하면서 치과의사의 경우에는 치과적 치료 목적을 추가적으로 요구하는 불평등한 논증방식에 바탕을 둔 것이다. 이에 따르면 의사의 의료영역은 목적 등의 제한 없이 그 확장이 인정되는 반면 치과의사의 경우에는 아무리 사실상 치과의료영역이 확장된다 하더라도 치과적 치료에서 벗어난 것은 허용이 되지 않으므로 필연적으로 의사에게 유리한 방향으로 해석될 수밖에 없다.

다. 의료법 등 관련 법령이 구강악안면외과를 치과 영역으로 인정하고 있는지 여부

반대의견은 의료법 시행령과 시행규칙, 치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 등에서 ‘구강외과’를 ‘구강악안면외과’로, ‘구강외과학’을 ‘구강악안면외과학’으로 변경한 것은 단순히 명칭이 변경된 것에 불과하다고 한다.²⁵⁾ 그러나 다수의견은 “‘구강악안면외과’는 1962. 3. 20. 법률 제1035호로 전부 개정된 의료법

23) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결.

24) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결.

25) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

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”고 하여 관련 규정의 개정 연혁과 관련 학회의 설립 경위를 근거로 의료법 등 관련 법령이 구강악안면외과를 치과 영역으로 인정하고 있음을 밝히고 있다.²⁶⁾

라. 의사와 치과의사 면허 사이의 중간적·혼합적·중첩적 의료영역

의료행위 개념은 고정·불변인 것이 아니라 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 치과진료영역을 넘어서 치과의사에게 허용되는 의료행위의 영역이 생겨날 수도 있다.²⁷⁾ 그리고 사안에서 문제된 치과의사의 안면 보톡스 시술행위는 중간적·혼합적·중첩적 영역에 해당할 여지가 충분하다.²⁸⁾

대사판결에서 법원의 참고인 의견조회에 따라 제출된 보건복지부의 의견조회 회신결과에 따르면, 보건당국은 의료법령에서 의료행위와 치과 의료행위의 범위를 구체적으로 정하지 않은 이유에 대하여, 의료행위 개념을 법률에 명시하면 의료기술이 발전하여 의료행위의 내용이 변화한 경우 현실과 괴리된 상태로 규정되어 오히려 의료분야의 발전을 저해할 우려가 있기 때문이라는 의견을 밝히고 있는데, 이는 의료 환경의 변화에 따라 의료행위와 치과 의료행위 사이의 중간적·혼합적·중첩적 영역이 출현할 가능성을 뒷받침한다.²⁹⁾

26) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

27) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

28) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

29) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

이에 반해 반대의견은 새로운 의학기술의 발달에 따라 중간적 의료영역이 확장되고 있다는 점은 인정하면서도 “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”고 하여 본 사안은 이에 해당하지는 않는 것으로 보았다.³⁰⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 의료영역 자체가 지니는 가변성·불명확성·확장지향성, 신의료기술·기기의 개발, 현대의학의 전문화와 탈전문화 현상, 의료영역에서의 협업 및 통합에 대한 요구 등은 특정 의료영역의 배타적 지배성을 약화시킴과 동시에 중간적·혼합적·중첩적 의료영역의 확장을 촉진시키고 있다. 이러한 현실적·제도적 요청을 무시하고 종래의 배타적 의료영역 개념을 전제로 면허범위를 파악하는 것은 법과 현실의 괴리를 더욱 심화시킬 뿐이다. 나아가 국민의 의료선택권을 제약하고, 의료의 통합적·보완적 발전을 저해하여 국민의 건강보호에 역행하는 결과를 낳게 될 것이다. 이러한 점들을 고려했을 때, 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 관념에 대한 적극적 수용이 불가피하다고 생각한다.

한편 본 사안에서 문제된 안면부에 대한 보톡스 시술은 전통적으로 의사의 배타적 면허범위 내의 의료행위로 취급되어 의사들의 시행만이 허용되어 왔다. 그리고 여전히 의사의 시술 자체가 면허범위와 관련하여 문제될 소지는 전혀 없다. 문제는 치과의사도 자신의 면허범위 내의 의료행위로서 의사의 간섭 없이 독자적으로 이를 시행할 수 있는가 하는 점이다. 즉 중첩적 의료영역의 문제이다. 의사의 안면 보톡스 시술 외에 치과의사의 시술도 허용하는 것은 해당 의료행위가 의사의 면허범위 내에 있으면서도 동시에 치과의사의 면허범위 내에 위치하고 있다는 사실을 인정하는 태도로서 해당 시술이 중첩적 의료영역에 위치하고 있다고 보는 것이다.

마. 의료소비자의 의료선택권

의료관련 법령을 적용함에 있어서 전체적인 의료 수준을 향상시켜 그 혜택이 국

30) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

민에게 돌아갈 수 있는 방향으로 해석할 필요가 있다.³¹⁾ 보톡스를 이용한 시술이 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있는 상황에서, 그로 인한 공중보건위생에 대한 위험이 현실적으로 높지 아니하고 전문 직업에 대한 체계적 교육 및 검증과 규율이 이루어지고 있는 한, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료 소비자의 선택가능성을 널리 열어두는 방향으로 관련 법률규정을 해석하는 것이 바람직할 것이다.³²⁾

앞서 살펴보았듯이 의료서비스 개념의 유입으로 인하여 진단과 치료라는 전통적 의료개념에 대한 수정이 가해지는 현 상황에서 의료소비자로서의 환자의 의료선택권을 존중하는 방향으로 의료규제의 패러다임도 바뀌어야 할 것이다.

바. 안면 보톡스 시술에 있어서 요구되는 전문성과 시술의 위험성

대상판결은 다음과 같이 보톡스 시술에 있어서 요구되는 전문성을 고려하여 치과 의사가 가지는 전문성으로 충분하다는 결론을 내렸고, 이는 안면부에 대한 보톡스 시술의 경우에도 마찬가지라고 보았다.

“보톡스”는 보툴리눔 독소 A형이 상품화되어 만들어진 약제의 이름이다. 보톡스는 초기에는 눈꺼풀 경련, 사경(사경)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.”³³⁾

31) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

32) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

33) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

보톡스를 이용한 시술은 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있고, 비록 그 약제의 성분이나 시술방법으로 인하여 신체에 부작용을 발생시킬 우려가 있는 의료 행위라 하더라도, 신체에 초래할 수 있는 위험이 심각하여 고도의 전문성이나 특화된 숙련도가 요구되는 정도의 의료행위라고까지 보기는 어렵다.³⁴⁾ 또한 이를 형사처벌 하는 방법으로 규제하지 아니하면 안 될 만큼 그로 인한 부작용이 심각하다거나 국민 보건에 현실적인 위해가 야기되고 있다고 볼 충분한 증거도 찾아보기 어렵다.³⁵⁾

사. 치과대학 및 치의학전문대학원 교육과정과 국가시험과목에의 포함 사실

- 치과의사면허를 통하여 담보되는 전문성

대상판결은, ① 치과대학과 치의학전문대학원에서는 ‘구강악안면외과학’에 관한 이론과 실무를 가르치고 있고 여기에는 구강 이외 안면부의 경조직과 연조직에 발생하는 질환의 진단 및 치료에 관한 교육이 포함되어 있다는 점, ② ‘구강악안면외과’의 진료영역에 관하여 「치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」 제9조에 기하여 2003. 10. 28. 제정된 「치과의사 전공의의 연차별 수련 교과과정」 (보건복지부고시 제2003-62호)의 내용에 의하면 ‘치아와 구강, 턱뼈 그리고 턱뼈를 둘러싼 안면부’에 대한 치료는 물론 정형외과나 성형외과의 영역과 중첩되는 것으로 보이는 안면부 골절상 치료나 악교정수술 등도 포함된다는 점, ③ 2012. 12. 4. 보건복지부고시 제2012-158호로 개정·고시된 「치과의사 전공의의 연차별 수련 교과과정」에 따르면 2년차 세부분야별 진료내용에 ‘레이저치료’가, 3년차 교과내용에 ‘안면미용성형’이, 그에 따른 세부분야별 진료내용에 ‘보톡스, 필러치료, 안면미용성형’이 추가되었다는 점, ④ 의료법 제9조 제4항, 의료법 시행령 제5조, 의료법 시행규칙 [별표] 제1호의2는 ‘구강악안면외과학’을 치과의사 국가시험의 시험과목 중 하나로 규정하고 있다는 점을 근거로 보톡스 시술이 의사만의 업무영역에 전속하는 것이라고 단정할 수 없다고 보았다.³⁶⁾

물론 대학교육과정과 국가시험과목 등의 변경을 독자적 이유로 삼아서 의료면허

34) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

35) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

36) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

범위의 확장을 주장하는 것은 반대의견이 지적하는 바와 같이 교육기관 등이 임의로 정한 교육과정이나 관계자가 특정 의도를 가지고 포함시킨 시험과목과 교과과목 등에 의해 면허범위의 확장을 인정하는 결과가 될 수 있고, 나아가 그 확장의 여지가 무한해질 우려가 있다.³⁷⁾ 하지만 해당 의료행위가 요구하는 전문성과, 면허를 통하여 담보되는 전문성을 검토하는 것이 의료면허범위 설정에 있어서 핵심적이라는 것을 고려한다면, 대학 혹은 대학원의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지를 판단하는 것은 면허범위 설정에 있어서 매우 중요한 기준이 될 수 있다. 보톡스 시술에 대한 교육이 치과대학 및 치의학전문대학원 교육과정에 포함되어 교육이 충분히 이루어지고, 또 보톡스 시술과 관련된 내용이 치과의사 국가시험과목에 포함되어 있어 이를 통해 보톡스 시술에 대한 검증이 충분히 이루어진 것으로 볼 수 있다면, 이에 대한 전문성이 크게 담보되는 것으로 평가할 수 있는 것이다. 대상판결 역시 이러한 점을 고려하여 치과의사가 보톡스 시술행위에 대하여 충분히 전문성을 갖추었다고 판단한 것이다.³⁸⁾

아. 요양급여에의 포함 사실

대상판결은 국민건강보험공단이 ‘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 의료행위’에 대하여 요양급여를 지급한 사실을 해당 시술이 치과의사 면허범위에 포함된다는 논거로 언급하였다.³⁹⁾ 하지만 요양급여가 지급되는 사례가 있다 하더라도 이를 가지고 치과의사 면허범위를 결정하는 근거로 삼을 수 없다는 반대의견의 지적이 옳다고 본다.⁴⁰⁾ 국민건강보험 체계에서의 요양급여를 인정할지의 문제는 그 행위가 의료행위인지를 평가하기 위한 것이 아니다.⁴¹⁾ 또 건강보험심사평가원 등에서 삭감조치를 받은 의료행위와 비급여항목

37) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

38) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

39) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

40) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

41) 황만성, “치과의사 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구 -대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850

이나 임의비급여 항목에 속하는 의료행위를 무면허 의료행위라고 볼 수는 없는 노릇이다.⁴²⁾

자. 죄형법정주의 위배의 문제

반대의견은 의사와 치과의사의 면허범위의 한계는 이러한 구분을 정한 의료법 문언에 기초한 기준에 따라 명확하게 구별될 수 있도록 규범적으로 해석되어야 하고 그러지 아니하면 의사와 치과의사가 할 수 있는 각 의료행위의 구분이 불분명하게 되어 혼란을 초래하고 예측가능성을 해치게 되므로 죄형법정주의 정신에 반하는 결과를 초래한다고 한다.⁴³⁾ 반면 보충의견은 “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”는 견지에서, 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 없다고 한다.⁴⁴⁾

생각건대 의료법 제27조 제1항상 ‘의료행위’, ‘면허된 것’ 등은 규범적 해석을 필요로 하는 규범적 구성요건요소이고, 더 구체적이고 명확하게 규정할 여지가 있다고 하더라도 이러한 규정형식 자체가 명확성 원칙에 위배된다고 볼 수는 없다. 또한 법문언의 가능한 의미를 기준으로 하여 해당 규정의 의미를 살펴보건대, 가치관의 차이에 따라 대상판결의 다수의견과 같이 ‘면허된 것’의 범위를 보톡스 시술을 포함하여 넓게 파악할 수도, 반대의견과 같이 그 범위를 매우 제한적으로 해석하여 보톡

전원합의체 판결을 중심으로.」, 「법학논총」 제29권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2017. 2, 585면.

42) 황만성, 앞의 글, 585면.

43) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 반대의견.

44) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결의 보충의견.

스 시술을 제외하는 방향으로 해석할 수도 있다고 할 것이고, 어느 한 쪽의 해석이 유추해석금지 원칙에 반한다고 보기는 어렵다. 따라서 본 사안에서 어떠한 해석도 죄형법정주의에 반한다고 볼 수는 없고, 반대편의 해석을 죄형법정주의에 대한 위배로까지 몰고 가는 것은 다소 과한 면이 있다고 본다.

2. 안면 보톡스 시술행위와 치과의사의 면허범위 - 사안의 검토

면허범위를 설정함에 있어서 ‘안면 보톡스 시술행위에 있어서 요구되는 전문성’과 ‘치과의사면허를 통하여 담보되는 전문성’을 핵심적 판단요소로 삼고 ‘안면 보톡스 시술행위의 보건위생상 위험성’을 함께 고려해야 한다. 치과의사가 안면 보톡스 시술을 하였을 때 의사가 행한 경우에 비하여 보건위생상 위험이 명백히 증대되는지를 살펴봄으로써 의료면허범위를 설정해야 할 것이다.

안면 보톡스 시술에 있어서 요구되는 전문성은 보톡스 약품의 성격과 위험성 등에 대한 이해, 시술대상인 눈가와 미간 부분에 대한 해부학적 이해, 보톡스 주입량에 대한 이해, 주사술 자체에 대한 숙련도 등이 그 내용을 이루는 것이고, 코를 높이는 수술 등에서 요구되는 정도의 고도의 전문성이 필요한 것은 아니다. 그리고 앞에서 검토해 보았듯이 대상판결의 판단처럼 치과의사면허를 통하여 담보되는 전문성은 보톡스 시술을 행함에 있어서 요구되는 전문성을 충분히 만족시킨다. 이는 치과적 치료로서 이루어지는 경우가 아니라 미용성형을 위하여 눈가와 미간에 행하여지는 경우에도 마찬가지이다.

안면 보톡스 시술행위의 보건위생상 위험성을 살펴보자면, 안면 보톡스는 실패확률이 극히 낮고, 시술 자체의 위험성과 부작용으로 인한 위해 정도가 매우 낮으며, 실패시 신체에 초래될 손상이 심각하지 않고 손상이 발생했다 하더라도 빠른 시일 내에 원상태로 회복이 될 것이라는 점에서 치과의사가 행한 경우 의사가 행한 경우에 비하여 보건위생상 위험이 명백히 증대되었다고 볼 수 없다.

안면에 대한 보톡스 시술은 전형적인 의사의 시술 중 하나이고, 이와 별개로 치과 의사의 해당 시술도 면허범위 내의 의료행위로 볼 수 있으므로 결론적으로 안면 보톡스 시술은 의사와 치과의사 간의 중첩적 의료영역에 위치한 것으로 평가된다.

V. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역과 형법 제20조 사회상규불위배행위 규정

면허범위 외의 의료행위로서 의료법 제27조의 무면허 의료행위에 해당한다 하더라도 해당 면허를 통하여 담보되는 전문성 등을 고려하여 제20조 사회상규불위배행위로서 정당화될 여지가 있다.

가. 행위자의 신분에 의한 행위불법의 조각

무면허 의료행위죄의 행위불법성 판단에 있어서 핵심적인 측면은 바로 의료관련 면허 또는 자격을 갖추지 않은 점, 즉 소극적 신분의 부재이다. 다시 말해 행위불법이 신분의 측면에 집중되어 있다. 따라서 불법성 약화 내지 불법조각을 검토함에 있어서도 역시 신분은 행위불법감소와 관련하여 중요한 판단요소가 되는 것이다. 중간적·혼합적·중첩적 의료영역에 속하는 의료행위를 한 경우 만약 그것이 행위자가 소지하고 있는 의료면허범위 외의 것으로 해석되어 무면허 의료행위죄에 해당한다고 하더라도 행위자의 면허와 해당 의료행위 간의 관련성이 인정되는 이상 면허 소지자라는 신분을 근거로 하여 행위불법이 조각된다.

나. 행위자의 의료전문성에 의한 결과불법의 조각

무면허 의료행위에 해당하는 의료행위의 경우에도 행위자가 평균적 일반인보다 높은 의료전문성을 갖추고 있는 경우라면 일반적으로 결과불법이 약해졌다고 볼 수 있다. 하지만 행위자의 의료전문성이 결과불법에 있어서 어떠한 영향을 미치는지에 대한 면밀한 검토를 위해서는 그 평가에 앞서 해당 의료행위가 요구하는 전문성의 정도를 검토하는 작업이 선행되어야 한다. 의료전문성을 거의 요하지 않는 경우, 낮은 정도의 전문성을 요하는 경우, 보통 정도의 전문성을 요하는 경우, 고도의 전문성을 요하는 경우 등으로 세분화한 후, 행위자가 갖고 있는 전문성을 고려하여 결과불법을 파악하는 것이다.

다. 사안에의 적용가능성

안면 보톡스 시술이 치과의사의 면허범위 밖의 것이라 하더라도 그와 유사한 치과적 치료에 해당하는 보톡스 시술에 대하여서는 치과의사면허의 전문성이 충분히 인정될 수 있고, 그렇다면 보톡스와 관련하여 아무런 전문성을 갖추지 않은 비의료인이 이를 행하는 경우와 치과의사가 이를 행하는 경우는 신분적 관점에서 바라보았을 때 엄연히 행위불법에서 차이가 난다고 볼 수 있다. 안면 보톡스 시술이 직접 치과의사면허의 범위에 속한다고 볼 수 없다 하더라도 치과적 보톡스 시술에 대한 전문성을 갖춘 신분을 근거로 행위불법은 조각되는 것이다. 결과불법적 측면에서 해당 시술에서 요구하는 전문성을 치과의사면허가 충분히 만족시킨다고 볼 수 있고 따라서 치과의사가 이를 행하였을 때 공중위생 또는 보건위생이라는 법익에 대한 위험발생가능성은 소멸되므로 결과불법 또한 조각된다. 따라서 만약 사안의 안면 보톡스 시술이 치과의사의 면허범위 밖의 것이라 해석되어 의료법 제27조 제1항의 무면허 의료행위에 해당된다고 하더라도, 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당화될 것이다. 다만 그 효과는 형사상 불법조각에 그치는 것이고, 타법상의 제재가 부과될 가능성은 여전히 존재한다고 볼 것이다.

Ⅶ. 나오는 말

대상판결에 대하여 대상판결의 반대의견과 유사한 관점에서, ‘치과’, ‘구강’이라는 문언을 기준으로 면허범위를 구분해야 한다는 점,⁴⁵⁾ 진료 목적에 따라 면허범위를 정해야 한다는 점⁴⁶⁾ 등을 근거로 대상판결이 치과의사의 면허범위를 지나치게 확대해석했다는 지적이 있다. 또한 대상판결이 문제된 의료행위의 성격과 그로 인해 발생할 수 있는 건강상의 위험성에 대하여 더욱 신중하게 판단했어야 한다는 비판도 있다.⁴⁷⁾

45) 황만성, 앞의 글, 579면.

46) 황만성, 앞의 글, 581면.

47) 백경희, “미용성형수술에 관한 면허 외 의료행위에 관한 고찰”, 「법학연구」 제58권 제1호, 부산대

아직은 생소하게 느껴질 수 있는 영역일지 모르겠지만 현대 의학의 발전과 변화의 흐름상 중간적·혼합적·중첩적 의료영역은 이미 상당히 존재하고 있고 향후 급속도로 증대되어 갈 전망이다. 이러한 상황 하에서 종래의 전통적인 배타적 의료영역의 관념을 고수하고 있다면 이미 진행되고 있는 의료 패러다임의 변화에 대응할 수가 없다. 이러한 점을 고려했을 때, 대상판결은 종래 면허범위의 수평적 분화가 엄격하게 이루어진 것으로 해석되고 있던 의사와 치과의사 간의 의료면허범위 설정 문제에 있어서, 변화하는 트렌드에 적화된 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 관념을 기초로 면허범위 설정의 새로운 패러다임을 구축한 유의미한 판결이라 생각한다.

사실 중간적·혼합적·중첩적 의료영역은 선결된 성격의 것이 아니고, 구체적 사안에서 의료면허범위의 해석에 의하여 해당 의료행위가 속한 영역이 드러난다는 점에서 이러한 관념을 별도로 인정할 필요가 있을 것인지가 문제될 수 있으나, 경계선상의 사례에 있어서 그 관념의 인정 여부에 따라 면허범위 해석의 방향이 완전히 달라질 수 있으므로 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 개념은 인정할 필요가 있다고 본다. 수평적으로 분화된 의료지역 간 예를 들어 의사, 치과의사, 한의사 간 면허범위의 경계 부분에서 중첩적 의료영역 관념을 인정하지 않는다면 어느 한 의료인의 면허범위에 속하는 의료행위는 다른 의료인이 할 수 없다는 결론에 이르게 되지만, 중첩적 의료영역이 존재할 수 있다고 전제한다면 어떤 의료행위가 특정 면허범위에 속한다는 사실이 인정된다 하더라도 다른 지역의 의료인에 의한 수행이 허용될 여지가 있는 것이다.

의료인의 구체적인 면허범위 설정에 있어서는, ‘해당 의료행위에 있어서 요구되는 전문성’과 ‘해당 면허를 통하여 담보되는 전문성’을 핵심적 판단요소로 삼고 ‘해당 의료행위의 보건위생상 위험성’을 함께 고려하여, 해당 면허를 소지한 의료인이 해당 의료행위를 행하였을 때 -적합한 다른 면허를 소지한 자가 행한 경우에 비하여- 보건위생상 위험이 명백히 증대되는지를 살펴보아야 한다. 사안의 안면 보톡스 시술행위가 일반적으로 의사의 전형적 업무범위에 속한다 하더라도 치과의사의 해당 시술행위가 곧바로 무면허 의료행위가 되는 것이 아니라, 치과의사에게 담보된 전문성이 안면 보톡스 시술에 있어서 요구되는 전문성의 정도를 충족하는 경우라면,

그리하여 보건위생상 위험이 명백히 증대되지 않는다면 면허범위 내의 의료행위로 보아 허용되는 방향으로 결론내리는 것이 옳다.

대법원은 대상판결이 선고되고 얼마 후 치과의사가 안면 레이저 시술을 한 유사한 사건에서 해당 의료행위는 치과의사 면허범위 내의 것이라는 같은 취지의 판결을 선고하였다.⁴⁸⁾ 이를 미루어 볼 때, 대상판결에서 보여준 법관·양자 간 중간적·혼합적·중첩적 의료영역 관념의 적극적 수용⁴⁹⁾은 의사와 치과의사 간의 면허범위 분쟁 해결에 있어서 원칙적인 기준으로 자리잡은 것이라 본다.

의사와 치과의사 간 면허범위 설정에 대한 이러한 입장과는 대조적으로 의사와 한의사 간 면허범위 해석에 대한 문제에 있어서는 대법원이 여전히 엄격한 구분을 기초로 양자의 중간적·혼합적·중첩적 의료영역을 거의 인정하지 아니하는 듯한 태도를 취하는 것으로 여겨진다.⁴⁹⁾ 대상판결 이후 판례의 동향에 대한 기대로서, 의사와 한의사 간 면허범위의 경계에서 중간적·혼합적·중첩적 의료영역으로 포섭되어 논의될 여지가 있는 사례에 있어서는 대상판결에서 보여준 획기적이고 선도적인 논리가 적용되어 각각의 면허범위 내에서 허용되는 의료행위영역이 확대되어 가길 고대하는 바이다.

48) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2013도7796 판결.

49) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결; 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결; 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결.

참고문헌

1. 단행본

- 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011.
- 김선욱 외 8인, 『의료와 법』, 썅크스마트, 2013.
- 김한나/김계현, 『유사의료행위에 관한 법적 문제와 개선방안』, 의료정책연구소, 2009.
- 박재영, 『개념의료 - 왜 병원에만 가면 화가 날까-』, 청년의사, 2014.
- 조병희, 『질병과 의료의 사회학』, 집문당, 2016.
- 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012.
- 최재천/박영호/홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003.

2. 논문

- 김재운, “무면허 대체의료행위의 형사법적 책임 -대법원 2005. 4. 29, 2004 도 7412 판결-”, 『비교형사법연구』 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 박성민, “무면허의료행위의 실체와 불법성 판단”, 『형사법연구』 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013. 12.
- 백경희, “미용성형수술에 관한 면허 외 의료행위에 관한 고찰”, 『법학연구』 제58권 제1호, 2017. 2.
- 신현호, “의료행위의 범위와 안마행위규제의 위헌성 -대상판결: 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가16결정-(위헌제청법원: 서울지법 2002노5047 의료법위반사건)”, 『의료법학』 제5권 제1호, 대한의료법학회, 2004. 6.
- 황만성, “치과의사 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구 -대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결을 중심으로-”, 『법학논총』 제29권 제3호, 2017. 2.

The Middle, Blend and Overlap Area of Medical Services and Dentist's Unlicensed Medical Practice

Do, Gyu-youp*

Recently, the conflicts which is spreading like a fashion among medical persons, have come to serious problems in the field of the medical criminal law due to they result in the unlicensed medical practices outside the scope of medical licenses. In Korea, though there has been a lot of disputes between medical doctors and oriental medical doctors until a recent date, conflicts between other medical performers are rising on the surface of the water. In addition to the variability, uncertainty, and expandability, the specialization and de-specialization of modern medicine have weakened the exclusive dominance of a certain medical license. Through the collaboration and integration phenomenon in the medical field, the middle, blend and overlap areas of medical services are gradually expanding.

The court ruled that the facial Botox injection, which was conventionally recognized as a medical practice of a doctor, is also a medical practice within the range of a dentist's license. Although the middle, blend and overlap area of medical services concept may be unfamiliar to us yet, already there are various kinds of and considerable amounts of the middle, blend and overlap areas of medical services in our society. In the course of development and change of modern medicine, they are expected to increase rapidly in the future. In conclusion, the court's decision is a meaningful judgment in the sense that it made a new paradigm in clarifying the scope of the middle, blend and overlap area of medical services.

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph. D. in Law

❖ Keyword: The middle, blend and overlap area of medical services, Unlicensed medical practice, The range of dentist's license, The range of medical license

투고일 : 5월 31일 / 심사일 : 6월 16일 / 게재확정일: 6월 16일
