

헌 법 제 판 소

결 정

사 건 2009헌마623 기소유예처분취소

청 구 인 1. 신○현

2. 노○용

위 청구인들 대리인 변호사 조순열, 김득현

피 청구인 부산지방검찰청 동부지청 검사

제3자참가 1. 사단법인 대한의사협회

신 청 인

대표자 이사 경○호

2. 신○진

3. 윤○선

4. 김○

위 참가신청인들 대리인 법무법인 지평지성

담당변호사 이공현, 김성수, 김영식

주 문

1. 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.
2. 이 사건 제3자참가 신청인들의 신청을 모두 각하한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 피청구인은 2009. 8. 5. 청구인 신○현에 대한 부산지방법검찰청 동부지청 2009년 형제23413호 및 청구인 노○용에 대한 2009. 9. 21. 부산지방법검찰청 동부지청 2009년 형제23478호 각 보건범죄 단속에 관한 특별조치법위반(부정의료업자) 피의사건에 관하여 각 기소유예처분을 하였는바, 각 피의사실의 요지는 다음과 같다.

(가) 부산지방법검찰청 동부지청 2009년 형제23413호 피의사실의 요지

「청구인 신○현은 한의원을 운영하는 한의사인바, 의료인인 한의사는 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없음에도 불구하고, 2007. 8. 21.경 자신이 경영하는 한의원에서 피해자들에게 의료기기인 초음파 골밀도 측정기 ‘Osteoimager plus’를 이용하여 성장판 검사를 한 후, 그 결과를 토대로 체질개선 한약을 처방해 주고 그 대가로 금원을 교부받는 등 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다」

(나) 부산지방법검찰청 동부지청 2009년 형제23478호 피의사실의 요지

「청구인 노○용은 한의원을 운영하는 한의사인바, 의료인인 한의사는 면허된

것 이외의 의료행위를 할 수 없음에도 불구하고, 2006. 8. 24. 자신이 운영하는 한 의원에서 피해자들에게 의료기기인 초음파 골밀도 측정기 ‘Osteoimager plus’를 이용하여 성장판 검사를 한 후, 그 결과를 토대로 갈근해기탕 등을 지어주고 그 대가로 금원을 교부받는 등 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다」

(2) 청구인들은 2009. 11. 3. 위 각 피의사실에 대한 피청구인의 각 기소유예처분이 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 주장하면서 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 이후 2010. 2. 26. 위 각 기소유예처분의 근거법률인 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제5조, 의료법 제27조가 죄형법정주의의 명확성원칙 등에 위배된다는 취지의 주장을 추가한 준비서면 등을 제출하였다.

(3) 한편, 사단법인 대한의사협회, 영상의학과 전문의 신○진, 내과전문의 윤○선과 김○은 이 사건 심판 계속중인 2011. 8. 16. 헌법재판소법 제40조 제1항 및 행정소송법 제16조에 의거하여 피청구인을 위한 제3자참가를 신청하였다.

나. 심판의 대상과 기소유예처분의 근거 법령

(1) 심판의 대상

이 사건 심판대상은 청구인 신○현에 대한 2009. 8. 5.자 부산지방법검찰청 동부지청 2009년 형제23413호 기소유예처분 및 청구인 노○용에 대한 2009. 9. 21.자 같은 청 2009년 형제23478호 기소유예처분(이하 이를 합하여 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다)이 청구인들의 평등권, 행복추구권 등을 침해하는지 여부이다.

(2) 이 사건 기소유예처분의 근거규정

이 사건 기소유예처분의 근거규정은 구 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치

법’(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 것) 제5조 및 구 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되고, 2011. 4. 12. 법률 제10579호로 개정되기 전의 것) 제5조 중 ‘의사가 아닌 자가 의료행위를 업으로 한 자’ 부분과 구 의료법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문 후단 및 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항 본문 후단 부분인 ‘의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다’ 부분이다(이하 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’은 ‘보건범죄법’으로, 청구인들에게 인정된 혐의는 ‘보건범죄법위반(부정의료업자)’이라 하고, 위 조항들을 모두 합하여 ‘이 사건 근거조항’이라 한다). 그 내용은 아래와 같다.

구 보건범죄 단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 것)

제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

구 보건범죄 단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되고, 2011. 4. 12. 법률 제10579호로 개정되기 전의 것)

제5조(부정의료업자의 처벌) 「의료법」 제27조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의

사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

구 의료법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)

제25조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. (단서 생략)

구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것)

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. (단서 생략)

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 청구인들은 한의사로서 내원하는 환자들의 진단 및 치료뿐만 아니라 환자들에 대한 임상 후 연구목적을 위하여 초음파 진단기를 사용하였는바, 초음파 진단기는 원래 태아 및 산모에게도 사용되고 있는 등 인체에 해가 되지 않는다는 것이 의료계에 널리 알려져 있는데도, 청구인들이 초음파 진단기를 이용하여 환자를 진단하고 치료한 행위에 대하여 피청구인이 보건범죄법위반 혐의를 인정하여 이 사건 기소유예처분을 한 것은 청구인들의 행복추구권, 직업선택의 자유, 양심의 자유, 학문의 자유, 재판청구권을 침해하는 것이다.

(2) 이 사건 근거조항은 ‘의사’라는 불명확한 개념을 사용하고 있고, ‘면허범위’에 대한 기준도 제시하고 있지 않으므로 포괄위임금지원칙과 명확성원칙에 위배되고,

나아가 이 사건 근거조항과 관련하여 한의사는 초음파 진단기를 사용하여 진료할 수 없다는 의미로 해석한다면, 이는 청구인들의 직업수행의 자유 등을 침해하는 것이다.

(3) 구체적인 의료행위가 한의사의 면허범위 내의 의료행위인지를 판단함에 있어서는 종합적인 고려가 필요한바, 초음파 진단기 사용은 양·한방을 구분하는 요소인 ‘정보의 해석’에 관계된 것이 아니라 그 전단계인 정보를 수집하는 단계에 해당하고, 한의사자격을 취득한 한의사는 광범위한 의학지식과 환자 및 질병에 대한 충분한 이해를 공인받은 ‘의료전문가’로서 초음파 진단기를 사용할 충분한 능력을 갖추었다 할 것이므로, 한의사가 서양과학에 기초한 초음파 진단기를 사용하였다고 하여 면허 외의 의료행위를 하였다고 보는 것은 불합리하다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 이 사건 근거조항에 의하면, 한의사가 한의사 면허범위 이외의 의료행위를 영업으로 하는 경우 형사처벌의 대상이 되는바, 초음파 진단기는 해부학적으로 뼈의 성장판 상태를 확인하는 기기로서 한방의료행위의 범위에 포함된다고 볼 수 없다.

(2) 청구인들은 초음파 진단기는 인체에 위해를 미칠 가능성이 거의 없으므로 방사선 진단기와 다르다고 주장하나, 의료행위와 한방의료행위의 구별 기준은 그 진단방식이 인체에 위해를 줄 수 있는지 여부가 아니라 진단방법이 한의학에 기초를 둔 것인가 아니면 서양의학에 기초를 둔 것인가에 있는 것이므로, 초음파 진단기를 사용한 진단과 처방은 한의사의 면허범위 외의 진료행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 심판청구의 적법요건에 대한 판단

(1) 청구인들은 이 사건 기소유예처분의 피의자이므로 자기관련성, 직접성, 현재성은 특별히 문제되지 아니하고, 기소유예처분을 받은 피의자는 사전구제절차를 밟을 방법이 없어 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있으므로 보충성 요건도 충족한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마146, 판례집 4, 802, 806) 할 것이다.

(2) 그 밖에 청구기간도 준수하였고, 공소시효도 아직 완성되지 않았으며, 변호사를 대리인으로 선임하고 있으므로 헌법소원심판청구의 적법요건을 갖추었다 할 것이다.

나. 제3자참가 신청의 적법 여부에 대한 판단

(1) 이 사건 제3자참가 신청인들은 2011. 8. 16. 헌법재판소법 제40조 제1항 및 행정소송법 제16조에 의거하여 피청구인을 위한 제3자참가를 신청하였는바, 행정소송법 제16조의 제3자참가는 공법적 분쟁해결절차로서 다수의 이해관계인들 사이에 복잡하고 다면적인 분쟁상황이 존재할 수 있는 행정소송절차의 특성을 반영하여 민사소송법상의 보조참가와는 별도로 마련된 제도이다.

(2) 그런데 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자의 권리구제를 위하여 마련된 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차는 행정소송절차와 유사한 성질을 지니므로, 헌법소원심판의 결과에 따라 권리 또는 이익을 침해받을 제3자가 있는 경우에는 헌법소원심판절차에도 행정소송법 제16조가 준용되어야 할 것이다.

(3) 행정소송법 제16조에서 ‘소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을

제3자'에는 취소판결의 형성력 그 자체에 의하여 직접 권리 또는 이익을 침해받게 된 자 및 판결의 기속을 받는 피고 행정청이나 관계행정청의 새로운 처분에 의하여 권리 또는 이익을 침해받게 되는 자가 포함된다고 할 것인바, 이는 행정소송법 제16조가 헌법소원심판절차에 준용되는 경우에도 마찬가지라 할 것이므로(헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1005, 판례집 20-2상, 979, 1005-1006 참조), 헌법소원심판에 대한 참가에 있어 단순히 사실상 또는 경제상의 권리나 이익에 영향을 받는 자는 여기의 제3자에 포함되지 않는다 할 것이다.

(4) 살피건대, 청구인들에 대한 이 사건 기소유예처분이 취소되어 결과적으로 한의사들이 초음파 기기를 사용하여 진료를 할 수 있게 된다고 하더라도, 그것이 의사들의 단체인 사단법인 대한의사협회의 권리나 이익에 직접적으로 영향을 미치거나, 의사들의 초음파기기 사용에 어떠한 제한을 가하게 된다고는 볼 수 없다. 설사 한의사들의 초음파기기 사용으로 의사들의 영업상 손실이 발생한다 하더라도 이는 사실적, 경제적 이해관계에 불과하므로, 심판의 결과에 따라 권리나 이익이 침해되는 경우라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 참가 신청인들은 행정소송법 제16조상의 '권리 또는 이익의 침해'를 받을 제3자'에 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 참가 신청은 부적법하다.

(5) 다만, 제3자참가 신청인들은 이 사건 헌법소원심판청구에 관하여 의견을 진술할 수 있는 이해관계인에는 해당된다고 볼 수 있으므로 그 의견을 참작하기로 하는바, 그 의견의 요지는 대체로 피청구인의 답변과 같다.

4. 본안 판단

가. 이 사건 근거조항에 대한 위헌성 판단

(1) 쟁점 정리

(가) 이 사건의 심판대상은 이 사건 기소유예처분이다. 그런데 청구인들은 이 사건 근거조항의 위헌성도 함께 주장하고 있다.

살피건대, 기소유예처분 그 자체가 중대한 범리오해나 수사미진 등에 의해 이루어져 기본권이 침해되는 경우도 있지만, 당해 처분의 근거조항이 헌법에 위반되는 경우 그에 의거하여 이루어진 처분 역시 정당성을 가질 수 없으므로, 이 사건 기소유예처분의 정당성 판단의 전제로서 그 근거조항의 위헌 여부에 대해서도 검토하기로 한다.

(나) 청구인들은 이 사건 근거조항이 ‘의사’라는 불명확한 개념을 사용하고 있고, ‘면허범위’에 대한 기준도 제시하고 있지 않으므로 그 의미를 알 수 없다고 주장하는 바, 이러한 주장의 의미는 의료인으로서 의사와 한의사가 할 수 있는 면허된 의료행위의 범위, 즉 ‘의료행위’와 ‘한방의료행위’의 의미가 불명확하다는 것으로 보이므로, 이하에서는 이러한 용어들이 명확성원칙에 위반되는지 여부를 살펴본다.

청구인들은 위와 같은 주장 외에, 이 사건 근거조항이 포괄위임금지원칙에도 위반된다고 주장하나, 이 사건 근거조항은 일정한 사항을 하위법규에 위임하고 있지 않으므로 포괄위임금지원칙 위반의 문제는 생기지 아니한다.

(2) 이 사건 근거조항의 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

(가) 판단 기준

헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에서 천명하고 있는 죄형법정주의로부터 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할

수 있도록 범죄의 구성요건과 형벌은 명확하게 규정되어야 한다는 원칙이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치 판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적(一義的)으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다(헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813; 헌재 2005. 5. 26, 2003헌바86, 판례집 17-1, 630, 640; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19등, 판례집 22-2상, 37, 56).

(나) ‘의료행위’의 의미

의료법 등 의료관계 법령에서는 ‘의료행위’에 관하여 적극적인 정의규정을 두지 않고 있다. 그런데 헌법재판소는 2010. 7. 29. 2008헌가19등 결정 및 2007. 4. 26. 2003헌바71 결정, 2005. 5. 26. 2003헌바86 결정 등에서 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 전단 부분의 무면허 의료행위와 관련하여 ‘의료행위’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 결정한 바 있다.

다만 위 결정들은 ‘의료인이 아닌 자의 의료행위’와 관련된 것으로서, 이 사건에서 문제가 되고 있는 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 후단의 ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’에 관한 문제는 아니었

다. 그러나 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 전단의 ‘의료인이 아닌 자의 의료행위’이든, 후단의 ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’이든 모두 면허되지 않은 의료행위를 금한다는 점에서는 차이가 없다 할 것이므로, 이 사건 근거조항의 ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’를 판단함에 있어 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 전단 부분의 ‘의료행위’에 대한 종전의 헌법재판소 판단과 달리하여야 할 이유가 없다.

그렇다면, 이 사건 구 의료법 조항의 ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’에서의 의료행위 역시 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다(헌재 2005. 5. 26. 2003헌바86, 판례집 17-1, 630, 640; 헌재 2007. 4. 26. 2003헌바71, 판례집 19-1, 390, 396; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19, 판례집 22-2상, 37, 56-57)고 할 것이므로, 이것이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(다) ‘한방의료행위’의 의미

우리 의료법 체계는 의료행위와 마찬가지로 한방의료행위에 대해서도 법령에 아무런 적극적인 개념정의 규정을 두고 있지 아니하다. 그런데 헌법재판소는 2010. 7. 29. 2008헌가19 결정과 2003. 2. 27. 2002헌바23 결정 등에서, 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면, 한방의료행위는 우리의 옛선조들로부터 전통

적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2003. 2. 27. 2002헌바23, 판례집 15-1, 218, 221-222; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19, 판례집 22-2상, 37, 60 등 참조)고 판시하였는바, 이 사건에서 위와 달리 판단할 만한 사정변경이 없으므로, 위 판단은 이 사건에서도 그대로 타당하다고 할 것이다.

(라) 소결

이상에서 본 바와 같이 이 사건 근거조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

나. 피청구인의 수사미진 내지 범리오해 여부

(1) 청구인들은 ‘이 사건 근거조항과 관련하여 한의사는 초음파 진단기를 사용하여 진료할 수 없다는 의미로 해석한다면’ 이는 청구인들의 직업수행의 자유 등을 침해한다는 주장도 하고 있다. 그런데 청구인들의 이러한 주장은 사실상 청구인들의 피의사실 기재 초음파 진단기 사용 행위가 이 사건 기소유예처분의 근거조항 적용 대상에 해당되는지 여부에 관한 법집행기관의 해석 내지 판단을 다투는 것이어서 이 사건 기소유예처분의 부당함을 다투는 것과 다르지 않다. 즉, 한의사인 청구인들이 피의사실 기재 초음파 진단기를 사용한 행위가 한의사의 면허외의 의료행위에 해당되는지 여부를 다투는 문제라고 할 것이다. 그러므로 이하에서는 이 사건 기소유예처분이 피청구인의 범리오해 등에 기인한 것인지를 살펴본다.

(2) 이 사건 수사기록 등 증거 자료에 의하면, 한의사인 청구인들은 자신들이

개설한 한의원에 내원한 환자들을 상대로 초음파 골밀도 측정기인 Osteoimager plus(이하 ‘이 사건 초음파기기’라 한다)를 이용하여 성장판검사를 하고, 여기에서 제공되는 환자들의 종골 부위의 초음파 영상 사진 및 기타 골밀도 수치 등의 정보를 종합하여 환자들의 성장판 개폐 여부, 성장 부진, 골다공증 등을 진단한 후, 이를 토대로 한약을 처방하고 그 대가로 금원을 지급받은 사실이 인정된다.

또한 청구인들이 위와 같이 이 사건 초음파기기를 사용하여 환자들의 성장판의 상태, 성장 부진 여부, 골다공증 등의 진단을 하거나 이를 토대로 한약을 처방한 행위는 의료법상 ‘의료행위’에 해당한다.

(3) 한편, 한의사인 청구인들에게 면허된 의료행위는 한방의료행위라 할 것인데, 우리 의료법 및 의료관계 법령에서는 양·한방의 의료영역을 구분하고, 각각 면허된 것 외의 의료행위에 대해서는 이를 금지·처벌하면서도 특정한 의료행위가 허용 내지 금지되는지 여부에 관해 구체적인 규정을 두고 있지 않기 때문에, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

그런데, ① 청구인들이 이 사건 초음파기기에서 제공하는 환자들의 종골 부위 초음파 영상사진 및 기타 골밀도 수치 등을 기초로 성장판 개폐 여부 및 성장 부진 등을 진단하고, 그 검사결과를 토대로 성장 부진 치료를 위한 한약처방 등 치료행위를 한 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니라 인체에 대한 해부학적 지식을 기초로 한 것으로 보이는 점, ② 우리나라 의료법은 한의사와 의사의 업무영역과 면허범위를 구별하는 이원적인 체계를 취하고 있는데, 초음파검사

는 기본적으로 의사의 진료과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함 되어 있는 점, ③ 의과대학 및 의학전문대학원에서 행하는 초음파검사 관련 교육 이나, 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 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 청구인들의 행위는 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다.

(4) 결국 이 사건 기소유예처분은 헌법에 위반되지 아니하는 이 사건 근거조항에 의거하여 행하여진 처분으로서, 피청구인이 이 사건 근거조항을 적용함에 있어 중대한 잘못을 저질렀다고 보이지 아니하며, 그 밖에 피청구인이 수사를 미진하였다거나 위 기소유예처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라고 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 청구인들의 직업수행의 자유, 행복추구권, 평등권 등이 침해되었다고 볼 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하고, 제3자참가 신청인들의 신청은 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 6.과 같은 재판관 김종대의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김종대의 반대의견

나는 다수의견과 달리 이 사건 기소유예처분이 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

이 사건은 한의사인 청구인들이 초음파 진단기기를 사용하여 환자를 진단함으로써 한의사 면허 이외의 의료행위를 했다는 이유로 형사처벌(유죄로 인정)된 사안이다. 그렇다면 청구인들이 받은 면허로는 초음파 진단기기를 사용하여 의료행위를 할 수 없는데도 불구하고, 면허받은 이외의 의료행위를 하여 처벌된다는 것이 법률상 명백해야 한다.

그러나 청구인들을 처벌하는 근거규정인 구 보건범죄법 제5조, 구 의료법 제27조 제1항(구 의료법 제25조 제1항)을 아무리 살펴보아도 이와 같은 법률규정만으로는 한의사 면허로 할 수 있는 ‘한방의료행위’에 어떤 의료용 진단기기의 사용은 허용되고 어떤 기기의 사용은 허용되지 않는 것인지 알 수가 없다. ‘한방의료행위’에 대하여 판례는 ‘우리 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위’라고 해석해 오고 있지만, 이는 ‘전통’, ‘한의학’, ‘기초’ 등과 같은 모호하고 막연한 용어로만 구성되어 있어, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서는 구체적으로 어떠한 행위가 한의사로서 할 수 없는 의료행위인지를 명확하게 예측하는 것이 불가능하다(즉, 위 법률조항들 및 이에 대한 위 해석만으로는 한의사가 청진기, 체온계, 혈압계를 사용하여 환자를 진단하는 것이 면허받은 이외의 의료행위에 해당하여 처벌되는지 여부를 알 수가 없다).

법률이 의사의 면허 종류를 구분한 다음, 면허 이외의 의료행위를 한 자에 대해 형사처벌하는 것이 잘못된 것은 아니다. 그러나 죄가 되고 안 되고는 반드시 법률에 의해 그 구성요건이 명확히 규정되어야 한다. 이는 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에서 천명하고 있는 죄형법정주의의 가장 기본이 되는 원칙이다. 그렇다

면 ‘한방의료행위’에 관한 불명확한 해석을 전제로 청구인들의 이 사건 초음파 기기의 사용이 막연히 면허의 범위를 넘는 의료행위라고 함으로써 청구인들을 처벌할 것이 아니라, 의료법에서 직접 한의사에게 면허된 의료행위는 무엇이라고 명확히 규정한 다음, 그 법률조항을 근거로 청구인들을 처벌해야 할 것이다. 만약, 위와 같은 ‘한방의료행위’에 대한 해석만으로 한의사를 처벌한다면 결과적으로 법률규정이 아닌 법률의 해석으로써 구성요건을 창설하여 한의사를 처벌하는 결과에 이르게 된다.

결국, 청구인들을 처벌하기 위한 근거법률인 위 법률조항들만으로는 한의사의 면허 이외의 의료행위가 무엇인지 알 수 있거나 예견할 수 없어 수범자가 법을 준수하는 데 어려움이 있고, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 의하여 좌우될 우려가 있으므로, 이는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다. 그렇다면 헌법에 위반되는 위 법률조항들을 근거로 한 이 사건 기소유예처분은 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소함이 마땅하다.

2012. 2. 23.

재판장	재판관	이강국	<u>이</u>	<u>강</u>	<u>국</u>
	재판관	김종대	<u>김</u>	<u>종</u>	<u>대</u>

재판관 민형기 민 형 기

재판관 이동흡 이 동 흡

재판관 목영준 목 영 준

재판관 송두환 송 두 환

재판관 박한철 박 한 철

재판관 이정미 이 정 미