

헌 법 제 판 소

결 정

사 건 2010헌마109 기소유예처분취소

청 구 인 배○주

대리인 변호사 조순열, 김득현

피 청 구 인 춘천지방검찰청 원주지청 검사

제3자 참가
신 청 인 1. 사단법인 대한의사협회

대표자 이사 경○호

2. 신○진

3. 윤○선

4. 김○

위 참가신청인들 대리인 법무법인 지성지평

담당변호사 이공현, 김성수, 김영식

주 문

1. 이 사건 심판청구를 기각한다.
2. 이 사건 제3자 참가신청인들의 신청을 모두 각하한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 피청구인은 2009. 11. 30. 춘천지방검찰청 원주지청 2009년 형제13202호로 청구인의 의료법위반 피의사건에 대하여 기소유예처분을 하였는바, 그 피의사실의 요지는 다음과 같다.

「청구인은 한의원을 운영하는 한의사인바, 의료인인 한의사는 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없음에도 불구하고, 2005. 10. 17.부터 2009. 7. 10.까지 청구인이 운영하는 한의원에 초음파 진단기 1대를 설치하고 내원한 환자들을 상대로 초음파 촬영을 통한 진료행위를 하여 면허 외 의료행위를 하였다」

(2) 청구인은 2010. 2. 24. 위 피의사실에 대한 피청구인의 기소유예처분과 관련하여 위 피의사실의 근거가 된 의료법 제27조가 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성원칙 등에 위반되고, 위 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 주장하면서 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 한편, 위 심판 계속 중인 2011. 8. 16. 사단법인 대한의사협회, 영상의학과 전문의 신○진, 내과전문의 윤○선과 김○은 헌법재판소법 제40조 제1항 및 행정소송법 제16조에 의거하여 피청구인을 위한 제3자 참가를 신청하였다.

나. 심판의 대상과 기소유예처분의 근거 법령

(1) 심판의 대상

이 사건 심판대상은 2009. 11. 30.자 춘천지방법검찰청 원주지청 2009년 형제13202호 기소유예처분(이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

(2) 이 사건 기소유예처분의 근거 법령

이 사건 기소유예처분의 근거조항은 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제66조 제1항 제3호 중 제25조 제1항 본문 후단 및 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되어 2010. 1. 31. 시행되기 전의 것) 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항 본문 후단 부분(이하 이를 모두 합하여 ‘이 사건 근거조항’이라 한다)이다. 그 내용은 아래와 같다.

○ 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 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)

제66조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제12조 제2항, 제18조의2 제3항, 제21조의2 제3항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

○ 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되고, 2009. 1. 30. 법률 제

9386호로 개정되어 2010. 1. 31. 시행되기 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)

제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항·제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 근거조항은 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다고 하면서, 그 기준이나 범위에 대하여는 구체적으로 규정하고 있지 않기 때문에 헌법상 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의 명확성원칙에 위배되고, 나아가 이 사건 근거조항을 한의사가 초음파 진단기를 사용하여 진료할 수 없다는 의미로 해석한다면, 이는 한의사인 청구인의 직업수행의 자유 등을 침해하는 것이다.

(2) 구체적인 의료행위가 한의사의 면허범위 내의 의료행위인지를 판단함에 있어서는 종합적인 고려가 필요한바, 초음파 진단기 사용은 양·한방을 구분 짓는 요소인 ‘정보의 해석’에 관계된 것이 아니라 그 전단계인 ‘정보를 수집’하는 단계에 해당하고, 한의사자격을 취득한 한의사는 광범위한 의학지식과 환자 및 질병에 대한 충분한 이해를 공인받은 ‘의료전문가’로 의료기사를 지도, 감독함에 있어 요구되는 모든 의학적 지식을 체계적으로 체득하였다는 점에서 초음파 진단기를 사용할 충분한 능력을 갖추었다 할 것이므로 한의사가 서양과학에 기초한 초음파 진단기를 사용하였다고

하여 면허 외의 의료행위를 하였다고 보는 것은 불합리하다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 이 사건 근거조항은 범죄구성요건에 대하여 명시적으로 하위법령에 위임하고 있지 않으므로 포괄위임금지원칙에 반한다는 주장은 근거가 없고, ‘한방의료행위’는 사회통념상 우리의 옛 선조들로부터 내려오는 한의학을 기초로 하여 질병의 예방이나 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다고 할 것이므로 명확성원칙에 위반된다는 주장도 이유 없다.

(2) 초음파 촬영을 통한 진단은 초음파 이미지를 통해 인체의 화학적, 생물학적 변화를 관찰하고 오랜 시간동안 과학적으로 검증된 방법에 의해 임상적으로 질병의 원인과 진행정도를 파악하는 의료행위로, 망진(望診)이라는 방법을 통해 인체의 음양오행의 불균형을 파악하는 한방의료행위와는 구별된다.

(3) 따라서 초음파 기기를 사용하여 진단하는 행위는 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다 할 것이어서 청구인에게 의료법위반 혐의가 인정됨을 기초로 한 이 사건 기소유예처분은 정당하다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 심판청구의 적법요건에 대한 판단

(1) 청구인은 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) 그밖에 청구기간도 준수하였고, 공소시효도 아직 완성되지 않았으며, 변호사를 대리인으로 선임하고 있으므로 헌법소원심판청구의 적법요건을 갖추었다 할 것이다.

나. 제3자 참가 신청의 적법 여부에 대한 판단

(1) 이 사건 제3자 참가 신청인들은 2011. 8. 16. 헌법재판소법 제40조 제1항 및 행정소송법 제16조에 의거하여 피청구인을 위한 제3자 참가를 신청하였는바, 행정소송법 제16조의 제3자 참가는 공법적 분쟁해결절차로서 다수의 이해관계인들 사이에 복잡하고 다면적인 분쟁상황이 존재할 수 있는 행정소송절차의 특성을 반영하여 민사소송법상의 보조참가와는 별도로 마련된 제도이다.

(2) 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) 그리고 행정소송법 제16조의 ‘소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자’에는 취소판결의 형성력 그 자체에 의하여 직접 권리 또는 이익을 침해받게 된 자와 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, 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분이 취소되어 결과적으로 한 의사들이 초음파 기기를 사용하여 진료를 할 수 있게 된다고 하더라도 이것이 의사들이 가입해 있는 단체인 사단법인 대한의사협회의 권리나 이익에 직접적으로 영향을 미친다거나, 의사들의 초음파기기 사용에 어떠한 제한을 가하게 된다고는 볼 수 없다. 설사 한의사들의 초음파기기 사용으로 의사들의 영업상 손실이 발생한다 하더라도 이는 사실적, 경제적 이해관계에 불과하여 심판의 결과에 따라 권리나 이익이 침해되는 경우라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 참가 신청인들은 행정소송법 제16조상의 '권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자'에 포함된다고 볼 수 없으므로 이 사건 참가 신청은 부적법하다.

(5) 다만 제3자 참가 신청인들은 이 사건 헌법소원심판청구에 관하여 의견을 진술할 수 있는 이해관계인에는 해당된다고 할 것이므로, 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 청구인은 이 사건 근거조항의 위헌성도 함께 주장하고 있는바, 기소유예처분 그 자체가 중대한 법리오해나 수사미진 등에 의해 이루어져 기본권이 침해되는 경우도 있지만, 당해 처분의 근거조항이 헌법에 위반되는 경우 그에 기초하여 이루어진 처분 역시 정당성을 가질 수 없으므로 이 사건 기소유예처분의 정당성 판단의 전제로서 그 근

거조항의 위헌 여부에 대해서도 살펴볼 필요가 있다.

(나) 청구인은 이 사건 기소유예처분의 근거조항과 관련하여 의사가 아닌 사람이 할 수 없는 ‘의료행위’의 의미, 한의사에게 ‘면허된 것 이외의 의료행위’의 의미, 그리고 그 기준의 불명확성을 주장하는바, 이는 ‘의료행위’ 및 ‘한방의료행위’의 의미가 명확한가의 문제이므로 이에 대해 살펴본다. 다만 청구인은 위와 같은 주장 이외에 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 범위에서는 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 배치

된다고는 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

우리 의료법 및 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 의료행위와 관련된 것으로서 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 전단 부분에 관한 것이었고, ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’에 관한 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 후단 부분에 관한 문제는 아니었다.

그런데 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 구 의료법 제27조 제1항(또는 구 의료법 제25조 제1항) 본문 후단 부분의 ‘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 달라져야 할 이유는 없다.

그렇다면 구 의료법 제27조 제1항(구 의료법 제25조 제1항) 본문 후단 부분의 ‘의료인의 면허된 것 이외의 의료행위’에서의 의료행위 역시 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 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) 한방의료행위의 의미

현행 의료법 체계는 의료행위와 마찬가지로 한방의료행위에 대해서도 법령에 아무런 적극적인 개념정의규정을 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 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 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 하였는바, 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) 청구인은 ‘이 사건 근거조항과 관련하여 한의사는 초음파 진단기를 사용하여 진료할 수 없다는 의미로 해석한다면’ 이는 청구인의 직업수행의 자유, 학문의 자유, 양심의 자유 등을 침해한다는 주장도 하고 있다. 그런데 청구인의 이러한 주장은 사실상 청구인의 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 청구인이 피의사실 기재 초음파 진단기를 사용한 행위가 한의사의 면허 외의 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, 청구인은 환자를 진단함에 있어 한의학의 진단방법인 변증진단의 객관성 및 정확성을 높이기 위해, 또는 복부 자칫시 장기 손상 등이 우려되어 피부와 장기 사이의 깊이 등을 확인하기 위해 초음파 진단기를 사용하였다고 진술하고 있는 점, 청구인의 한의원에 내원한 바 있는 나창은은 청구인에게 목이 아프다고 하자 청구인이 곧바로 상체 전부에 초음파검사를 한 후 목디스크 초기 증상 및 갑상선염증이 있는 것 같다며 목 뒤쪽에 침구치료 및 부항 등 물리치료를 하고 갑상선결절이라는 병명으로 소견서도 작성하였다고 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 청구인은 환자를 치료할 목적으로,

또는 환자의 질병을 진단할 목적으로 초음파 진단기를 사용한 것임을 알 수 있다.

또한 청구인이 위와 같이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 침구치료 등을 한 행위는 의료법상 '의료행위'에 해당한다.

(3) 한편, 한의사인 청구인에게 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 특정행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바, ① 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 것으로 보이는 점, ② 우리나라 의료법은 아직 한의사와 의사의 업무영역과 면허범위를 구별하는 이원적인 체계를 취하고 있는데, 초음파검사는 기본적으로 의사의 진료과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함되어 있는 점, ③ 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 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 청구인의 행위는 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다.

(4) 결국 이 사건 기소유예처분은 헌법에 위반되지 아니하는 이 사건 근거조항에 의거해 행하여진 처분으로, 피청구인이 이 사건 기소유예처분에 이 사건 근거조항을 적용함에 있어 중대한 잘못을 저질렀다고 보이지 아니하며, 달리 위 기소유예처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라고 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 청구인의 직업수행의 자유, 행복추구권, 평등권 등이 침해되었다고 볼 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하고, 제3자 참가 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 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

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

그러나 청구인을 처벌하는 근거규정인 구 의료법 제27조 제1항(구 의료법 제25조 제1항), 제87조 제1항 제2호(구 의료법 제66조 제1항 제3호)를 아무리 살펴보

아도 이와 같은 법률규정만으로는 한의사 면허로 할 수 있는 한방의료행위에 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. 그렇다면 ‘한방의료행위’에 관한 불명확한 해석을 전제로 청구인의 이 사건 초음파 기기의 사용이 막연히 면허의 범위를 넘는 의료행위라고 함으로써 청구인을 처벌할 것이 아니라, 의료법에서 직접 한의사에게 면허된 의료행위는 무엇이라고 명확히 규정한 다음, 그 법률조항을 근거로 청구인을 처벌해야 할 것이다. 만약, 위와 같이 ‘한방의료행위’에 대한 해석만으로 한의사를 처벌한다면 결과적으로 법률규정이 아닌 법률의 해석으로써 구성요건을 창설하여 한의사를 처벌하는 결과에 이르게 된다.

결국, 청구인을 처벌하기 위한 근거법률인 이 사건 의료법 조항들만으로는 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 의료법 조항들을 근거로 한 이 사건 기소유예처분은 청구인의 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	<u>민</u>	<u>형</u>	<u>기</u>
	재판관	이동흡	<u>이</u>	<u>동</u>	<u>흡</u>
	재판관	목영준	<u>목</u>	<u>영</u>	<u>준</u>
	재판관	송두환	<u>송</u>	<u>두</u>	<u>환</u>

재판관 박한철 박 한 철

재판관 이정미 이 정 미