

문헌검토

## 의료법에 나타난 치과 의료법 위반 사항에 관한 고찰

김 진<sup>1</sup>, 이재윤<sup>2</sup>, 김인수<sup>3</sup>, 이경은<sup>4\*</sup>

<sup>1</sup>가톨릭대학교 치과학교실 대전성모병원 구강외과, <sup>2</sup>포항신세계치과,  
<sup>3</sup>라임나무치과, <sup>4\*</sup> 가톨릭대학교 치과학교실 대전성모병원 보철과

### 국문초록

연구목적: 최근 급증하는 의료사고와 의료법 위반에 대한 사례를 국내 판결 판례를 중심으로 분석하고 의료법의 일반적 법리적 사항과 법규 위반을 살펴, 법 위반을 예방하고자 한다.

연구방법: 2009년 이후 치과 의료법 위반에 대한 법원 판례를 살펴보고 치과 비의료인과 치과 진료 보조인에 따른 무면허 의료법 위반 판례를 분석하였다.

연구결과: 의료법에 나타난 의료행위는 의학의 전문지식을 기초로 하여 경험과 기능을 동반한 모든 행위를 말하고 법령에 의해 주어진 자격의 의료인으로서 면허에 정해진 의료행위만을 하여야 한다. 면허된 것 이외의 의료 행위는 무면허 의료로서 의료법 위반이며 최근 진료 영역과 관련 무면허 의료법 위반 논란이 자주 발생하고 있다. 익숙하지 않은 의료법으로 인해 발생 가능한 법 위반을 줄이고 정당한 의료 권리를 찾고자 사례를 중심으로 치과에서 적용된 의료법을 살펴보았다.

결 론: 의료법 위반에서 무엇보다 중요한 것은 의료법 위반 방지의 요체는 문제의 발생과 전개에서 '치과의사와 환자의 인간관계(신뢰관계)의 구축'이며 의료법 위반이 실정법상 현실에서 금전적 이득을 취하기 위해 발생하는 편의적 사고에서 비롯되는 것으로 현실에서 적용되는 의료법을 준수할 때 의료법 위반은 예방될 수 있다.

색 인 어: 법규, 판례, 무면허, 의료법, 인간관계

† 투고일: 2016. 9. 30, 논문심사일: 2016. 10. 5, 논문확정일: 2016. 10. 14

교신저자: 이경은, (34943) 대전광역시 중구 대흥로 64 가톨릭대학교 대전성모병원 치과

Tel: +82-42-220-9030, Fax: +82-42-220-9032, E-mail: dentkelee@hanmail.net

## I. 서 론

의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로 의학의 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술 등의 행위를 말하고, 여기에 서 진찰이라 함은, 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명·판단하는 것으로서 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적당한 약품을 처방조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다(대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결)고 판시하고 있다. 한편 대법원은 의료행위의 개념을 그 위험성과 관행도 고려하여 판단한다. 예를 들어 한약업사는 약사가 아니기 때문에 일반적인 의약품은 조제할 수 없는 것이 원칙이나, 한약은 보건위생상 특별한 주의를 요할 위험성이 다른 의약품에 비하여 적다는 특수성과 과거로부터 전하여 온 한약의 판매에 관한 관행을 감안하여 일정한 요건 아래서 약사의 조제 능력에 해당하는 혼합판매 능력을 한약업사에게 부여하고 있으므로, 한약업사는 위 규정에 정한 바와 같이 환자의 요구가 있을 때에 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합·판매할 수 있으나, 위 조제 능력의 범위를 넘어 진찰이나 치료 등 한의사에게 부여된 한방 의료행위까지 할 수는 없다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96도1088 판결)고 판시한 바 있다. 이 대법원 판례는 한약업사의 혼합판매행위가 의료행위에 해당하는가를 판단함에 있어서 그 위험성과 관행을 고려했다는 의미이고, 그러한 경우에도 그 범위를 넘어 한약업사가 한의사와 별도로 독자적인 진단과 판단에 의한 처방을 하는 것은 무면허 의료행위라는 취지의 판결이다.

의료법 제27조는 의료행위의 개념에 대해서는 규정하지 않고, 무면허 의료행위를 금지하고 있다. 그 원칙은 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다(제1항 본문). 그러나 예외적으로 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·치의학·한의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생 등은 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다(제1항 본문). 무면허의료행위에 대해 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조는 가중처벌규정이다. 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료 행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료 행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이때, '영리의 목적'이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것이다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도 2481 판결 등 참조).

이상에서와 같이 최근 급증하는 의료사고와 의료법 위반에 대한 사례를 국내 판결 판례를 중심으로 분석하고 의료법의 일반적 법리적 사항과 법규 위반을 살펴 법 위반을 예방하고자 한다.

## II. 연구방법

2009년 이후 치과 의료법 위반에 대한 법원 판례를 살펴보고 치과 비의료인과 치과 진료 보조인에 따른 무면허 의료법 위반 판례를 사례별로 살펴보고 법원의 판단 근거와 의의를 분석하였다.

### 1. 사례 1. 비의료인의 의료기관 개설행위

#### 【사실관계】

치과의사 甲은 2001.3.23. 자신의 자금을 투자하여 병원을 개설한 후 치과의사 乙을 고용하여 위 의원을 경영하여 오던 중 위 의원에 대한 보건복지부의 계속된 조사를 피하기 위하여 2004.11.29. 치과의사 乙과의 합의로 위 의원의 사업자명의를 치과의사 乙에게 이전하였다. 위 의원의 수익금은 2004.11.29. 이후 치과의사 乙명의로 계좌로 입금되었는데, 치과의사 甲의 아내 丙은 치과의사 甲과의 사이가 점차 악화되자 2005년 5월경 위 계좌의 비밀번호, 그리고 인터넷뱅킹을 위한 인증서 및 보안카드를 변경한 후 위 의원의 회계 관련 서류를 보관하면서 위 의원을 폐업할 때까지 위 의원의 수입과 지출을 관리하여 왔다.

이런 경우 비의료인인 아내 丙은 ‘비의료인의 의료기관 개설행위’로 처벌되는가?

#### 1) 사안의 내용 정리

- ① 비의료인이 처음부터 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하는 것은 금지되는 의료기관 개설행위는 라는 점은 어느 정도 주지의 사실이다.
- ② 비의료인이 이미 개설된 의료기관의 의료시설과 의료진을 인수하고 개설자의 명의 변경절차 등을 거쳐 그 운영을 지배·관리하는 경우는 어떻게 판단하여야 하는지 문제가 된다.

#### 2) 원심판결 : 丙의 ‘비의료인의 의료기관 개설행위’ 인정

- ① 비의료인인 아내 丙이 2005년 8월경부터 남편인 치과의사 甲을 배제하고 이 사건 의원을 지배·관리함으로써 의료 기관을 개설하였다고 봄이 상당하다고 판단하였다.
- ② 비의료인이 기존 의료 기관을 지배·관리하는지 여부의 단순한 판단기준을 제시하였다.

#### 3) 재판부 판단 : 丙의 ‘비의료인의 의료기관 개설행위’ 부정

- ① 비의료인인 아내 丙이 위 의원의 인수에 통상 필요한 절차를 취한 바가 없는 점.
- ② 위 의원의 의료진 및 의료시설은 당초 남편인 치과의사 甲에 의하여 채용·구비된 그대로 라는 점.
- ③ 비의료인인 아내 丙이 2005년 8월경 남편인 치과의사 甲을 배제하고 이 사건 의원의 운영

을 계속하면서 그 수익금을 독점하였다 하여도, 당초 남편인 치과의사 甲이 개설·운영하던 이 사건 의원의 의료시설 및 의료진을 위 피고인이 인수하거나 새로 구비하고 개설자를 변경하여 실질적으로 새로운 의료 기관을 개설한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

4) 판결의 의의

- ① 비의료인이 이미 개설된 의료기관의 의료시설과 의료진을 인수하고 개설자의 명의 변경절차 등을 거쳐 그 운영을 지배·관리하는 등 종전 개설자의 의료기관 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에는 금지하는 비의료인의 의료기관 개설행위에 해당한다.
- ② 비의료인인 아내 丙의 위 조치는 그 실질에 있어 종전의 개설·운영 상태 하에서 혼인관계의 파탄에 따른 이혼을 염두에 둔 운영 수익금의 귀속에 관한 일방적 권리의 주장 및 행사에 불과하므로, 남편인 치과의사 甲은 아내 丙을 의료법 위반으로 고소하지 말고 민사소송으로 해결할 일이라는 지적이다.

5) 강조점

비의료인이 이미 개설된 의료기관의 운영을 지배·관리하는 경우, 금지하는 비의료인의 의료기관 개설행위에 해당하는 여부의 판단기준은 ‘종전 개설자의 의료기관 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위’로 볼 수 있는지 여부이다.

2. 사례 2. 치과의원 내 치과위생사와 치기공사의 무면허 불법 의료

**【사실관계】**

치과의원에서 치과위생사가 치아보철물을 환자에게 임시로 접착하였고, 치과기공사가 치아보철물을 환자에게 장착해가며 교합을 확인하고 조정한 사실로 기소되어 의료법 위반 처분을 받은 후 상고하였다.

이런 경우 치과위생사나 치과기공사가 무면허 진료 위반으로 처벌되는가?

1) 원심판결 : ‘비의료인의 무면허 진료행위’ 인정

치과의원을 운영하는 치과의사 병원의 치과위생사와 치기공사가의 의료법 위반여부.

2) 재판부 판단 <판례번호 ; 대법원 2009도1337 의료법위반>

치과위생사인 甲이 치아보철물을 환자 乙의 치아에 임시 접착한 행위는 치과 위생사의 업무와 한계를 규정한 의료기사 등에 관한 법률 시행령 제2조 제1항 제6호 소정의 ‘치아 및 구강질환의 예방과 위생에 관한 업무’에 해당하지 않음이 명백하고 비록 치과의사인 피고의 지시·감독 하에 하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다고 판단한 원심의 조치는 정당하다. 치아보철물

임시 접착행위는 위 법령이 치과위생사의 업무로 명시하고 있는 ‘치석제거 및 치아우식증의 예방을 위한 불소도포행위’보다 보건 위생상 위해가 생길 위험성이 적은 행위이므로 치과 위생사의 업무 범위 내에 속한다고 보아야 한다는 상고이유의 주장은 독단적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다. 또한 구 의료법의 간호조무사 및 의료 유사업자에 관한 규칙 제2조 제1항 제2호가 정하고 있는 간호사 또는 간호조무사로서의 ‘진료보조업무’는 의사가 주체가 되어 행하는 진료행위에 있어 간호사 등이 의사의 지시에 따라 이를 보조하는 행위를 의미하는 것이지 의사가 구두로 지시하였다고 하더라도 실제 의료행위를 간호사 또는 간호조무사가 행하였다면 이는 진료보조행위라고 볼 수 없다. 같은 취지에서 甲의 치아보철물 임시 접착 행위가 진료보조행위에도 해당하지 않는다고 본 원심의 판결은 정당하다.

의료기사 등에 관한 법률 시행령 제2조 제1항 제5호에서는 치과기공사 업무의 범위와 한계로서 ‘치과의사의 진료에 필요한 치과 기공물·충전물 또는 교정장치의 제작·수리 또는 가공 기타 치과 기공업무’를 규정하고 있으므로 치과 기공사가 할 수 있는 업무의 범위에 환자에 대한 직접적인 치료는 포함되지 아니한다고 볼 것이다. 치과기공사인 丙은 치아 보철물 수리 등을 내세워 치아 보철물을 환자인 乙의 치아에 대거나 끼워보고, 乙로 하여금 교합지를 치아 사이에 물어보도록 하여 치아보철물의 정상적인 기능 여부 및 교합 관계를 확인한 다음 스스로의 판단에 따라 오차가 있다고 생각되는 부분을 임의로 절삭하는 등의 방법으로 치아보철물을 가공 내지 조정한 사실을 알 수 있는바, 이러한 병의 행위는 단순히 치과 기공물을 제작·수리 또는 가공하는 행위를 넘어 환자에 대하여 직접적인 치료행위를 한 것으로 무면허 의료행위에 해당하는 것이고 이 역시 의사의 지시가 있었다고 할지라도 다를 바 없다. 원심이 이와 같은 취지에서 치과기공사인 병의 이사건 행위가 무면허 의료행위로서 치과기공사의 업무범위에 포함되지 않는다고 판단한 것은 정당하다.

3) 판결의 의의

치과위생사 및 치과기공사의 업무 범위에 대해 의료법을 숙지하고 있어야 하며 그 외의 행위에 대해서는 비록 의사의 지시 및 관리 감독 하에 이루어 졌다고 하더라도 실제 의료행위가 시행 된 경우 진료 보조행위에 해당하지 않으며 의료법에 저촉된다.

3. 사례 3. 치과의원 내 간호조무사의 무면허 불법 의료

**【사실관계】**  
 치과의원에서 간호조무사가 처음 내원 한 환자의 진단 작업을 위한 치아 본뜨기를 하였고 이 같은 사실로 기소되어 의료법 위반 처분을 받은 후 상고하였다.

이런 경우 간호조무사의 치아 본뜨기 업무가 무면허 진료 위반으로 처벌되는가?

## 1) 사안의 내용 정리

간호조무사가 환자에게 시행한 치아 본뜨기 재료의 혼합 및 구강 내 삽입·탈착 행위(이하 치아 본뜨기)는 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는 간호 보조사의 진료보조 행위 범위 내에 속하는 행위이며, 간호조무사와 치아 본뜨기 시술 당시 치과의사가 같은 진료실 내에서 입회하며 이를 감독한 이상 의료법위반의 잘못이 없다고 주장하였다.

## 2) 재판부 판단

의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 하되, 의료기사 등에 관한 법률에 의해 임상 병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사의 면허를 가진 자가 의사, 치과의사의 지도하에 진료 또는 의학적 검사에 종사하는 행위는 허용된다. 그러나 의료기사 등에 관한 법률이 의료기사 제도를 두고 그들에게 한정된 범위 내에서 의료행위 중의 일부를 할 수 있도록 허용한 것은, 의료인만이 할 수 있도록 제한한 의료행위 중에서, 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 적은 특정 부분에 관하여, 인체에 가해지는 그 특정 분야의 의료행위가 가져올 수 있는 위험성 등에 대하여 지식과 경험을 획득해 그 분야의 의료행위로 인한 인체의 반응을 확인하고 이상 유무를 판단하며 상황에 대처할 수 있는 능력을 가졌다고 인정되는 자에게 면허를 부여하고, 그들로 하여금 그 특정 분야의 의료행위를 의사의 지도하에서 제한적으로 행할 수 있도록 허용한 것이라고 보아야 한다(대법원 2002. 8. 23. 선고2002도2014 판결)고 밝혔다.

또한 의료법 제27조 제1항 본문은, "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다."고 규정하고, 같은 법 제2조 제1항은 '의료인'으로서 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사라고 규정하면서도, 같은 법 제80조 제2항은 "간호조무사는 법 제27조에도 불구하고 간호보조 업무에 종사할 수 있다"라고 규정하고 있고, 보건복지부령인 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 제1항은 "간호조무사는 간호업무의 보조에 관한 업무, 진료의 보조에 관한 업무를 수행하고 있다"고 규정하고 있다. 그런데 간호조무사로서의 '진료보조업무'는 의사가 주체가 되어 행하는 진료행위에 있어 간호조무사가 의사의 지시에 따라 이를 보조하는 행위를 의미하는 것이지 의사가 구두로 지시하였다고 하더라도 실제 의료행위를 간호조무사가 행했다면 이는 진료보조행위라고 볼 수는 없다(대법원 2009. 9. 24. 선고2009도1337 판결 참조).

이 사건은 '치아 본뜨기'란 치과 진단 및 치료를 위해 구강 내 조직의 모습을 본뜨는 과정 혹은 그 결과물을 가리키는 것으로서, 위 관련 법리와 의료기사 등에 관한 법률 시행령 제2조 제1항은 의료기사 등에 관한 법률 제3조에 따른 의료기사 등의 업무의 한계에 관해 규정하면서 제6호에서 치과위생사의 업무범위 등과 관련해 '치아 본뜨기'를 규정하고 있다. 이에 따라 '치아 본뜨기'의 경우는 구 의료기사 등에 관한 법률 시행령(2011. 11. 16. 대통령령 제23296호로 개정되기 전의 것)에는 그 업무범위로 규정되어 있지 아니하다가 위 시행령이 개정되면서 위와 같이 치과위생사의 업무범위 등으로 규정되었는데, 치과에서의 의료행위가 세분화·전문화되고 있는 현실을 반영해 치과의사의 업무 중 위험도와 난이도가 비교적 낮은 업무를 치과 위생사의 업무로 규정하려는 것이라는 개정이유 등에 비추어 볼 때, 치아 본뜨기 시술은 가의

치나 크라운, 브릿지, 임플란트 등의 보철물의 정교한 제작이나 정확한 진단을 위해 필수적인 과정에 해당하는 것이다.

### 3) 판결의 의의

법령에서 말하는 ‘진료보조업무’라 함은 어디까지나 의사가 주체가 되어 진료행위를 하고 그 지시에 따라 옆에서 보조하는 것을 의미하는 것이지, 의사가 구두로 지시 내지 설명하거나 입회하였다고 하더라도 실제 의료행위를 간호조무사가 하였다면 이는 진료보조의 범위를 일탈한 것으로서 진료보조행위에 포함시킬 수 없다고 할 것이다.

## Ⅲ. 본 론

대법원은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사 간에도 의료인의 “면허된 것 이외의 의료 행위”는 무면허의료행위로 판단한다. 대법원 판결(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결)에 따르면, 면허된 의료행위의 내용에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로, 구체적인 행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부는 구체적인 의료행위에 관련된 규정의 내용, 구체적인 의료행위의 목적, 양태 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다고 판시하고 있다. 안과병원에서 안경사가 시행한 비접촉성 안압계를 이용한 선별 검사용 안압 검사행위가 무면허 의료행위인지 여부에 관해서는 의학적 전문지식을 기초로 하는 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하는 질병의 예방 또는 치료행위에 안압 검사 행위가 해당하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위에 해당한다고 보기 어려워, 이를 의료행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(서울행정법원 2009. 2. 3. 선고 2008구합22938 판결). 이 판결은 의료행위 여부 판단을 의사의 지시에 의해 시행된 점, 신체에 접촉하는 행위가 아니어서 의사만이 하여야 하는 행위도 아니라는 점 등을 그 근거로 하고 있다.

반면 비의료인이 의료인을 고용한 의료법 위반에 관해서는 대법원(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1926 판결)은 “의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 의료인 아닌 자가 의료 기관을 개설한 것이어서 구 의료법 제30조 제2항(현 의료법 제33조 제2항)에 저촉되는 것이고 개설신고 명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하여 달리 볼 이유가 되지 못한다.”고 판시하여 비의료인의 고용된 의료인의 의료행위도 위법하다고 판시하였다.

의료법 제33조 제1항에서는 “의료인은 이 법에 의한 의료 기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없다.”고 규정하고 있다. 그리고 제2항에서 “① 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산원, ② 국가 또는 지방자치단체, ③ 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다), ④ 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인, ⑤ 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관에 해당하는 자가 아니면 의료 기관을 개설할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이에 따르면 군에서 임무 수행하는 군의관이나 공중보건 의사나 공중보건치의사의 경우는 의

료법 제33조 제2항 제2호 국가가 의료 기관을 개설한 것에 해당하여 그 의료행위가 적법하게 평가된다.

“의료인”의 종류와 임무에 관하여 의료법 제2조에서 규정하고 있다. “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다. 반면에 응급의료에 관한 법률 제36조의 자격을 갖춘 응급 구조사는 응급환자가 발생한 현장에서 응급환자에 대하여 상담·구조 및 이송 업무를 수행하며, 의료법 제27조의 무면허 의료행위 금지 규정에도 불구하고 보건복지부령으로 정하는 범위에서 현장에 있거나 이송 중이거나 의료기관 안에 있을 때에는 응급처치의 업무에 종사할 수 있다(같은 법률 제41조). 응급구조사가 할 수 있는 의료행위에 관하여는 “보건복지부령으로 정하는 범위”에 따른다고 하였고, 응급의료에 관한 법률 시행규칙 제33조에 따르면 법 제41조의 규정에 의한 응급구조사의 업무범위는 별표 14와 같다고 규정하고 있다. 응급구조사도 “응급의료종사자”로서 “응급환자”가 발생하여 “응급의료”가 필요한 상황에서 “응급의료기관”에서 “응급처치”를 할 때에 만, 위와 같은 의료행위가 인정되고, 의료법 제27에 예외를 인정하여 무면허의료행위가 아니라는 것이다(응급의료에 관한 법률 제2조).

그 일례로 한의사 자신이 운영하는 한의원에서 진단용 방사선 발생장치인 x-선 골밀도측정기를 이용하여 환자들에게 성장판검사를 한 행위가 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당한다고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980). 따라서 의료인은 면허된 의료행위를 할 수 있고, “면허된 것 이외의 의료행위”의 여부는 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 규정의 내용, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 고려하여 판단한다. 판사는 대부분 비의료인이므로 전문의료인의 감정 등을 통하여 판단할 것이다. 그러나 전문 의료인의 의견에 구속되지 않고 자유 심증으로 판단한다. 헌법(헌법 제 103조)이 이런 판단 권한을 인정하고 있다.

대법원 판결(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결)에 따르면, 의사가 의료 보조인으로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 아래 이루어지는 것이고 의료 보조인은 그 보조자에 불과하다. 의료 보조인이 ‘진료의 보조’를 하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독해야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조 행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 의사가 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그 중 일부를 의료 보조인으로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것이다. 이와 달리 의사가 의료 보조인에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 의료 보조인이 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 의료 보조인에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 무면허 의료행위에 해당한다. 그리고 의사가 이러한 방식으로 의료행위가 실시되는 데 의료 보조인과 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허 의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다. 이와 같은 맥락에서 대법원 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008도590 판결)에 따르면, 의사가 의료 보조인에게 진료의 보조행위를 하도록 지시하거나 위임할 수는 있으나, 고도의 지식과 기술을

요하여 반드시 의사만이 할 수 있는 의료행위 자체를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로, 의료 보조인이 의사의 지시나 위임을 받고 그와 같은 행위를 하였다고 하더라도 이는 무면허 의료행위에 해당한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도2306 판결 등 참조). 의사가 의료 보조인으로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우 의료 보조인은 그 의료 보조자에 불과하고, 의료 보조인이 '진료의 보조'를 하는 경우 의사와 의료 보조인의 관계는 의사가 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있으나, 이는 의료행위 중 일부를 의료 보조인으로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 의사가 의료 보조인에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적 없음에도 의료 보조인이 그의 주도 아래 실시한 의료행위는 무면허 의료행위이다. 더 중요한 점은 고도의 지식과 기술을 요하여 반드시 의사만이 할 수 있는 의료행위 자체는 의사가 직접 행해야 하며, 이를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없다.

#### IV. 고찰 및 결론

이상에서 의료법 일반과 판례에 나타난 실제 사례 등을 살펴보았다. 대법원은 의료법 위반에 관한 손해배상을 구하는 소송에서 의료인의 의료행위에 관해 정의하였다. 오늘날 치과의사들이 처한 열악한 의료 현실을 감안하면 의료법 위반은 치과의사들의 법률적 무관심과 현실 안주에서 비롯된 것임을 판례를 통하여 확인 할 수 있었다. 의료법 위반에서 무엇보다 중요한 것은 의료법 위반 방지의 요체는 문제의 발생과 전개에서 '치과의사와 환자의 인간관계(신뢰관계)의 구축'이라는 정신적, 생활적 자세라 할 것이다. 고대 로마의 유명한 의학자 켈수스(Aulus Cornelius Celsus)가 그의 명저 "의학론(De Medicina)"에서 질병과 치료법의 일반적 지식 외에 개개의 환자의 생활 습관과 체질 등의 개별적인 성질을 아는 것의 중요성을 논한 후 "학식에 있어서 동등하다면, 알지 못하는 의사보다는 친한 의사 쪽이 유용하다"고 기술하고 있는 것처럼, 환자에게 이방인(extraneus)으로서 다가가는 것이 아니라 벗(amicus)으로서 존재 할 때 진료에 유용함은 물론이고 무용한 의료분쟁과 의료법 위반을 방지하게 될 것이다.

## V. 참 고 문 헌

- 대한민국헌법. 제103조 (전부개정 1987.10.29, 헌법 제10호)  
의료법. 제2조(의료인) (일부개정 2015.12.29, 법률 제13658호)  
의료법 시행령. 2조(간호사의 보건활동) (일부개정 2016.9.29, 대통령령 제27525)  
응급의료에 관한 법률. 제2조(정의) (타법개정 2015.6.22, 법률 제13367호)  
응급의료에 관한 법률. 제36조(응급구조사의 자격) (타법개정 2015.6.22, 법률 제13367호)  
대법원 1987. 10. 26. 선고87도1926 판결  
대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결  
대법원 1996. 10. 25. 선고 96도1088 판결  
대법원 1999. 3. 26. 선고98도2481 판결  
대법원 2002. 8. 23. 선고2002도2014 판결  
대법원 2007. 9. 6. 선고2006도2306 판결  
대법원 2009. 9. 24. 선고2009도1337 판결  
대법원 2010. 3. 25. 선고 2008도590 판결  
대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결  
대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결  
서울행정법원 2009. 2. 3. 선고2008구합22938 판결

Review

## A case study of illegal dental practices according to the Medical Service Act.

Jin Kim<sup>1</sup>, Jae-Youn Lee<sup>2</sup>, In-Soo Kim<sup>3</sup>, Kyung-Eun Lee<sup>4†</sup>

<sup>1</sup>Oral and maxillofacial surgery, Dept. of dentistry, Daejeon St. Mary's hospital, The Catholic university, <sup>2</sup>Pohang Shinsegae dental clinic, <sup>3</sup>Lime dental clinic, <sup>4†</sup>Prosthodontics, Dept. of dentistry, Daejeon St. Mary's hospital, The Catholic university

Medical practice should be conducted only by licensed medical practitioners with a basis of medical professional knowledge, supplemented by experience and skill. They should also be confined to the medical services that the Medical Service Act accepts.

All medical practices other than those licensed are illegal and violates the Medical Service Act. Recently, there are many cases of controversial unlicensed medical practice.

This paper was written in order to reduce the risk of illegal medical practices due to unfamiliarity with the Medical Service Act and to facilitate the search for legitimate rights. This paper focuses on the Medical Service Act in the dental practices field.

**Key words:** Medical service, Unlicensed, Illegal, Dental practices

---

† Correspondence to Kyung-Eun Lee

Prosthodontics, Dept. of dentistry, Daejeon St. Mary's hospital, The Catholic University, 64, Jungang-ro, Jung-gu, Daejeon, 34940, Korea.

Tel: +82-42-220-9030, Fax: +82-42-220-9032, E-mail: dentkelee@hanmail.net