

사기·마약류관리에 관한 법률 위반(항정)·정신보건법 위반·건강

기능식품에 관한 법률 위반

[대법원 2013. 4. 26. 2011도10797]



【판시사항】

- [1] 의사인 피고인이 전화를 이용하여 진찰한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구함으로써 진찰료 등을 편취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 사기죄를 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례
- [2] 마약류취급의료업자가 자신의 질병에 대한 치료 기타 의료 목적으로 그에 필요한 범위 내에서 마약 등을 투약하는 등의 행위가 구 '마약류 관리에 관한 법률'상 금지되는 마약류취급자의 '업무 외의 목적'을 위한 투약 등 행위에 해당하는지 여부(소극) 및 이때 자신에 대한 투약이 제3자에 대한 처방전 발부를 통해 이루어진 사정만으로 달리 보아야 하는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 의사인 피고인이 전화를 이용하여 진찰(이하 '전화 진찰'이라고 한다)한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구함으로써 진찰료 등을 편취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 당시에 시행되던 구 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정되기 전의 것)에 기한 보건복지부장관의 고시는 내원을 전제로 한 진찰만을 요양급여의 대상으로 정하고 있고 전화 진찰이나 이에 기한 약제 등의 지급은 요양급여의 대상으로 정하고 있지 아니하므로, 전화 진찰이 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에서 정한 '직접 진찰'에 해당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 요양급여의 대상이 된다고 할 수 없는 이상, 전화 진찰을 요양급여대상으로 되어 있던 내원 진찰인 것으로 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성하고, 피고인의 불법이득의 의사 또한 인정된다는 이유로, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례.
- [2] 의사가 자신의 질병을 직접 진찰하고 투약·치료하는 것이라고 하여 이를 의료행위에 해당하지 아니한다고 할 수 없고, 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것)이 이를 금지하는 규정을 두고 있지도 아니하다. 나아가 구 마약류 관리에 관한 법률(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것)은 마약류 등의 취급·관리를 적정히 함으로써 그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하는 것을 목적으로 하는 것인데(제1조), 이 또한 마약류취급자인 의사가 자신에 대한 의료의 목적으로 마약 또는 향정신성의약품(이하 '마약 등'이라고 한다)을 투약하는 등의 행위를 금지하는 규정을 두고 있지 아니한 이상, 의사가 마약 등을 오용이나 남용하는 것이 아니라 자신의 질병에 대한 치료 기타 의료 목적으로 그에 필요한 범위 내에서 투약 등을 하는 것은 허용된다고 할 것이다. 또한 의사 자신에 대한 마약 등의 투약이 의료 목적으로 그에 필요한 범위 내에서 이루어지는 것이라면 그 처방전이 의사 자신이 아니라 제3자에 대한 것으로 발부되었다고 하더라도 그러한 처방전 발부에 대한 법적 책임은 별론으로 하고 그러한 사정만으로 이를 '업무 외의 목적'을 위한 투약이라고 할 수는 없다.

【참조조문】

- [1] 형법 제347조 제1항, 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 구 국민건강보험법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제39조 제1항(현행 제41조 제1항 참조)
- [2] 구 마약류 관리에 관한 법률(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제6호 (자)목 [현행 제2조 제5호 (자)목 참조], 제4조 제1항, 제5조 제1항, 제61조 제1항 제5호(현행 제61조 제1항 제7호 참조)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인 통문 담당변호사 오인섭 외 2인

【원심판결】 서울중앙지법 2011. 7. 28. 선고 2011노596 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 개인정신치료요법(집중요법) 시술 가장 요양급여비용 청구로 인한 사기의 점에 관하여

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 자백 및 이에 대한 보강증거에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 유선 진술 청취 후 내원 진찰 가장 요양급여비용 청구로 인한 사기의 점에 관하여

가. 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제17조 제1항은 '의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사'가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다고 정하고 있다.

이 조항은 스스로 진찰을 하지 아니하고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐이고, 대면 진찰을 하지 아니하였거나 충분한 진찰을 하지 아니한 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니다.

따라서 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석 금지의 원칙상 전화나 화상 등을 이용하여 진찰(이하 '전화 진찰'이라고 한다)을 하였다는 사정만으로 '직접 진찰'을 한 것이 아니라고 볼 수 없다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결 참조).

한편 구 국민건강보험법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전)에 의하면 요양급여는 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 실시하는 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원 등을 말하는데(제39조 제1항), 국민건강보험을 규율하는 법령은 ① 원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'과 보건복지부장관의 고시에 의하도록 하며, ② 거기에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한

점이 있으면 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'이 정하는 여러 신청절차를 통하여 이를 요양급여대상으로 포섭하게 하고 있는 것으로 해석된다(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결 등 참조). 나. 이 사건에 관하여 보건대, 제1심의 건강보험심사평가원에 대한 사실조회결과 등에 의하면, 이 부분 공소사실의 일시에 시행되던 구 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정되기 전의 것. 이하 같다)에 기한 보건복지부장관의 고시는 내원을 전제로 한 진찰만을 요양급여의 대상으로 정하고 있고 전화 진찰이나 이에 기한 약제 등의 지급은 요양급여의 대상으로 정하고 있지 아니한 사실을 알 수 있다. 그렇다면 전화 진찰이 구 의료법 제17조 제1항에서 정한 '직접 진찰'에 해당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 요양급여의 대상이 된다고 할 수 없는 이상, 피고인이 전화 진찰하였음을 명시적으로 밝히면서 그에 따른 요양급여비용 청구를 시도하거나 구 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'에서 정한 신청절차를 통하여 전화 진찰이 요양급여대상으로 포섭될 수 있도록 하는 것은 별론으로 하고, 이 사건에서와 같이 전화 진찰을 요양급여대상으로 되어 있던 내원 진찰인 것으로 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성한다고 할 것이고, 피고인의 불법이득의 의사 또한 인정된다고 보아야 한다.

다.

따라서 원심이 전화 진찰은 구 의료법상 진찰행위에 해당하지 아니한다고 판단한 것은 옳다고 할 수 없으나, 피고인이 전화 진찰을 한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 요양급여비용을 청구하여 진찰료 등을 편취하였다는 이 부분 사기 공소사실을 유죄로 인정한 것은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 사기죄에 있어서의 기망행위나 불법이득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 타인 진료 가장 요양급여비용 청구로 인한 사기의 점에 관하여

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 부분 사기 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 사기죄에 있어서의 기망행위·고의·불법이득의사 및 손해 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 판단을 누락한 위법이 있다고 할 수 없다.

4. '마약류 관리에 관한 법률' 위반(향정)의 점에 관하여

가. 이 부분 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인은 정신과의원을 운영하는 정신과 전문의로서 마약류취급의료업자인데, 마약류취급의료업자는 그 업무 외의 목적을 위하여 향정신성의약품을 투약하거나 향정신성의약품인 기재한 처방전을 발부하여서는 아니됨에도,

- ① 2008. 10. 23.경 피고인 본인의 불면증 등의 증상을 완화하기 위한 향정신성의약품인 졸피람정 등을 복용하기 위하여 피고인 본인 명의가 아닌 병원 직원 공소외인 명의의 30일분 처방전을 발부한 다음 향정신성의약품인 졸피람정 성분이 함유된 졸피람정, 향정신성의약품인 플루파제팜이 함유된 라제팜정을 투약하였고,
- ② 2009. 2. 24. 위와 같이 피고인 본인을 위하여 위 공소외인 명의의 30일분 처방전을 발부한 다음 향정신성의약품인 알프라졸람 성분이 함유된 알프라람정을 투약하였다는 것이다.

나. 원심은 "피고인이 마약류 취급자격이 있는 의사로서 자신의 불면증 등을 해소 내지 완화하기 위하여 처방전을 발부하여 향정신성의약품을 투약하였다고 하더라도 임의로 다른 사람들의 명의를 이용하여 처방전을 발부하여 투약한 것을 업무상의 목적을 위한 것이라고 할 수 없다"는 제1심의 판단을 수긍하고서 이를 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

(1) 구 '마약류 관리에 관한 법률'(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 마약류관리법'이라고 한다)은 마약류취급자 중 하나인 마약류취급의료업자를 의료기관에서 의료에 종사하는 의사로서 의료 목적으로 마약 또는 향정신성의약품(이하 '마약 등'이라고 한다)을 투약 또는 투약하기 위하여 교부하거나 마약 등을 기재한 처방전을 발부하는 자라고 정하고(제2조 제6호 자목), 나아가 마약류취급자는 업무 외의 목적을 위하여 마약 등을 투약하는 등의 행위를 하여서는 아니된다고 정하고 있다(제5조 제1항, 제4조 제1항 본문).

그런데 의사가 자신의 질병을 직접 진찰하고 투약·치료하는 것이라고 하여 이를 의료행위에 해당하지 아니한다고 할 수 없고, 구 의료법이 이를 금지하는 규정을 두고 있지도 아니하다.

나아가 구 마약류관리법은 마약류 등의 취급·관리를 적정히 함으로써 그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하는 것을 목적으로 하는 것인데(제1조), 이 또한 마약류취급자인 의사가 자신에 대한 의료의 목적으로 마약 등을 투약하는 등의 행위를 금지하는 규정을 두고 있지 아니하고 있는 이상, 의사가 마약 등을 오용이나 남용하는 것이 아니라 자신의 질병에 대한 치료 기타 의료 목적으로 그에 필요한 범위 내에서 투약 등을 하는 것은 허용된다고 할 것이다.

또한 의사 자신에 대한 마약 등의 투약이 의료 목적으로 그에 필요한 범위 내에서 이루어지는 것이라면 그 처방전이 의사 자신이 아니라 제3자에 대한 것으로 발부되었다고 하더라도 그러한 처방전 발부에 대한 법적 책임은 별론으로 하고 그러한 사정만으로 이를 '업무 외의 목적'을 위한 투약이라고 할 수는 없다.

(2) 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(가) 피고인은 '비기질적 불면증'을 이유로 자신에 대하여 처방전을 발부하고서, ① 2007. 12. 21. 향정신성의약품인 라제팜정과 트리람정 30일분을 처방하여 투약하였고, ② 2008. 1. 21. 향정신성의약품인 라제팜정, 졸피람정, 트리람정 및 디아제팜정 15일분을 처방하여 투약하였으며, ③ 2008. 2. 2. 향정신성의약품인 라제팜정, 졸피람정 및 트리람정 30일분, 향정신성의약품인 디아제팜정 15일분을 처방하여 투약하였고, ④ 2008. 4. 1. 향정신성의약품인 라제팜정, 졸피람정, 트리람정, 알프람정 및 로라반정 28일분을 처방하여 투약하였으며, ⑤ 한편 2008. 5. 10.에는 향정신성의약품이 아닌 약품만을 처방하여 투약하였고, ⑥ 2008. 8. 21. 다시 향정신성의약품인 졸피람정 28일분을 처방하여 투약하였다.

(나) 이후 피고인은 이 부분 공소사실과 같이 직원인 공소외인에 대한 처방전 발부를 통하여, ① 2008. 10. 23. 향정신성의약품인 졸피람정과 라제팜정 30일분을 처방하여 투약하였고, ② 2009. 2. 24. 향정신성의약품인 알프람정 30일분을 처방하여 투약하였다.

(ㄷ) 그러나 그때부터 피고인에 대하여 경찰 내사가 착수된 2009. 8. 20.경까지 피고인이나 공소외인에 대하여 향정신성의약품에 관한 처방전이 발부된 적이 없었다.

(3) 위와 같은 사실관계에서 알 수 있거나 기록상 추가적으로 드러나는 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거만으로는 정신과 전문의로서 마약류취급자인 피고인이 공소외인에 대한 처방전 발부를 통하여 향정신성의약품을 자신에게 투약한 것이 피고인이 앓고 있다고 주장하는 기질적 불면증의 치료를 위한 것이 아니라거나 그 치료에 필요한 범위 내에서 이루어진 것이 아니어서 '업무 외의 목적'을 위한 것이었음이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 쉽사리 단정할 수 없다.

- ① 피고인이 2007년 12월경부터 2008년 8월경까지 기질성 불면증을 이유로 정식으로 자신에 대하여 처방전을 발부하여 향정신성의약품을 투약하여 오고 있었다.
 - ② 피고인이 자신이나 공소외인에 대한 처방전 발부를 통하여 향정신성의약품을 투약함에 있어 자신 명의로의 처방기간과 공소외인 명의로의 처방기간이 서로 겹치지 아니하여 피고인이 각 처방에서 정하여진 1일 처방량 이상의 향정신성의약품을 처방받으려고 하지는 아니하였다고 봄이 상당하다.
 - ③ 피고인의 전체 투약기간이 2007년 12월경부터 2009년 2월경까지로 짧지 아니한 기간이기는 하나, 각 처방일시와 처방량을 고려할 때 그 기간 중간에 수개월 동안 투약이 이루어지지 아니한 적이 여러 차례 있었고(㉠ 2008. 4. 1.자 28일분 처방 이후부터 2008. 8. 21.자 28일분 처방 전까지 기간 중 약 3개월, ㉡ 2008. 8. 21.자 28일분 처방 이후부터 공소가 제기된 2008. 10. 23.자 30일분 처방 전까지 기간 중 약 1개월, ㉢ 2008. 10. 23.자 30일분 처방 이후부터 공소가 제기된 2009. 2. 24.자 30일분 처방 전까지 기간 중 약 3개월), 2008. 8. 21.자 처방 이후부터는 처방 대상 향정신성의약품의 종류 수가 전보다 상당히 줄어들었다.
 - ④ 공소가 제기된 2009. 2. 24.자 30일분 처방이 이루어진 후부터 피고인에 대하여 내사가 착수된 2009. 8. 20.까지 약 5개월 동안 피고인이 자신이나 공소외인에 대한 처방전 발부를 통하여 향정신성의약품을 처방받은 적이 없었다.
 - ⑤ 기록상 피고인이 공소외인 이외의 제3자에 대한 처방전 발부로 향정신성의약품을 투약하였다거나, 피고인이 자신이나 공소외인에 대한 처방전 발부로 투약하여 온 향정신성의약품이나 그 투약량이 의학적으로 피고인이 종전부터 자신에 대한 처방전에서 증상으로 명시하였던 기질적 불면증의 치료와 무관하다거나 그 치료에 필요한 범위를 벗어난 것이라고 인정할 수 있는 증거가 제출되어 있지 아니하다.
- (4) 따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 구 마약류관리법 제5조 제1항이 정한 마약류취급자의 '업무 외의 목적'을 위한 투약 등 행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.
- 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

5. 파기의 범위

그렇다면 원심판결 중 '마약류 관리에 관한 법률' 위반(항정) 부분은 파기되어야 한다.

그런데 원심이 이 부분과 나머지 유죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결 중 유죄 부분은 전부 파기를 면할 수 없다.

6. 결론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장) 양창수(주심) 박병대 김창석