

서울중앙지방법원 2006.11.23.선고 2006노681 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)·약사법위반·의료법위반】 , [미간행]

【전문】

【피 고 인】 피고인
【항 소 인】 검사
【검 사】 김공주
【변 호 인】 법무법인 위너스 담당변호사 이마리

【대상판결】

【원심판결】 서울중앙지방법원 2006. 2. 16. 선고 2003고단9933 판결

【주문】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.
피고인을 벌금 3,000,000원에 처한다.
피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.
위 벌금 상당액의 가납을 명한다.
검사의 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점에 관한 항소를 기각한다.

【이유】

1. 이 사건 각 공소사실의 요지
피고인은 ○○한의원 을 운영하던 한의사인바,
가. 한의사가 아닌 자는 영리를 목적으로 한방의료행위를 업으로 할 수 없음에도, 무면허의료업자인 공소의 1 과 공모하여, 2001. 9.경부터 2002. 9. 14.경까지 사이에 서울 강남구 (이하 1 생략) 소재 피고인 운영의 ○ ○한의원 에서 공소의 1 로 하여금 말기암환자인 공소의 3 등 677명을 상대로 통증부위 및 경락부위 등에 홍 화기름을 바른 후 물소뿔로 만든 기구로 피부를 긁어내어 경혈을 압박하고, 진동을 주어 몸속의 어혈을 표피 로 밀어내고, 표피의 비듬(인설)이나 기름때(지방잔사)를 떨어내어 임파선의 분비기능을 향상시켜 병을 치료하 는 과사요법의 치료를 하게 하고, 치료비 명목으로 환자 1인당 2만 원 내지 3만 원씩을 지급받는 등 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하고,
나. 약사 또는 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없고, 의약품을 조제할 경우에는 약국 또는 의료기관의

조제실에서 행하여야 하며, 한의사가 자신의 치료용으로 사용하는 한약 및 한약제제는 자신이 직접 조제하여야 함에도{ 약사법 부칙(1994. 1. 7.) 제3조 }, 약사·한약사·한의사 자격이 없는 공소외 2 와 공모하여, 2002. 3. 4.경부터 같은 해 9. 30.경까지 사이에 서울 성동구 (이하 2 생략) 소재 피고인의 집 지하실 15평 규모의 넓이에 한약재 창고 3개, 약탕기 8개, 밀봉 포장기 2대 등의 시설을 갖추고, 공소외 2 로 하여금 피고인이 위 ○○한의원에서 보내 준 처방전에 따라 만성신장염 환자인 공소외 4 에게 인진오령탕을 조제하여 주는 등 약 210명의 환자들에게 위와 같은 방법으로 소시호탕·인진오령탕 등을 조제하게 하고 함께 2억 6,656만 4,000원을 받는 등 한약 조제행위를 하고,

다. 2002. 8.경부터 같은 해 10. 17.경까지 사이에 위 ○○한의원에서 인터넷 홈페이지(www.○○○.com)에 “세계 최고 수준의 말기암 치료 효율을 실현하고 있는 ○○한의원 ”, “약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원 이다”, “우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다...., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것이라는 게 피고인 원장의 설명”이라는 내용을 게재하여 의료업무에 관한 과대한 광고를 하였다.

2. 원심의 판단

가. 유죄부분

원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 공소외 2 와 공모하여 약국 또는 의료기관의 조제실 아닌 곳에서 의약품을 조제하였다는 약사법위반의 점과 피고인이 ○○한의원의 인터넷 홈페이지를 통하여 “세계 최고 수준의 말기암 치료 효율을 실현하고 있는 ○○한의원 ”이라는 내용을 게재하여 의료업무에 관한 과대한 광고를 하였다는 의료법위반의 점을 원심판결 기재 증거를 종합하여 유죄로 인정하였다.

나. 무죄부분

(1) 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점

원심은 이 점에 관하여, 한의사인 피고인의 지시 아래 행하여진 공소외 1 의 이 사건 시술행위가 단순히 환자들의 고통을 완화시켜 주고 정신적으로 안정을 시켜주는 역할 이상으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이르렀거나 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 볼 만한 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

(2) 무자격자인 공소외 2 와 공모하여 한약 조제행위를 하였다는 약사법위반의 점

원심은 이 점에 관하여, 공소외 2 는 피고인이 경영하는 위 한의원의 직원으로 피고인이 처방한 처방전에 쓰여 있는 대로 한약재료의 무게를 달아 일정량의 물 등을 섞어 한약을 달인 후 이를 다시 위 한의원으로 배달한 행위를 하였을 뿐인데, 공소외 2 의 위와 같은 행위는 자신의 책임 아래 특정인의 특정된 질병의 치료를 위한다는 인식 없이 단순히 피고인이 작성한 처방전에 따라 한약을 달이는 사실행위만을 한 것으로서 실질적으로는 한의사인 피고인이 한약을 조제한 것으로 평가함이 상당하고, 달리 공소외 2 의 위 행위를 의약품의 조제행위라고 볼 만한 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

(3) 일부 과대광고에 따른 의료법위반의 점

원심은 이 점에 관하여, “약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원 이다”라는 부분은 피고인이 실제로 약침요법을 이용하여 암환자들을 치료하였으므로 과대광고라고 할 수 없고, “우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다...., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것”이라는 게 피고인 원장의 설명이라는 부분은 그 내용이 실제 치료과정 중에 일어난 것인지, 아니면 사실을 과장하여 표현한 것인지 판단할 증거가 없다는 이유로 각 무죄로 판단하였다.

3. 검사의 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(무죄부분)

(1) 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점

피고인이 공소외 1 로 하여금 시술하게 한 과사요법은 그로 인하여 환자 피부 표피에 상처가 발생할 수 있고, 염증 등 추가적인 상해가 발생할 수 있는 위험이 상존하는 요법인 점, 대한한의학회에서는 과사요법을 한국한 의준의료행위분류표상 포괄적 한방의료행위로 보고 있는 점 등에 비추어, 위 과사요법은 의료인이 행하지 아니하면 위해가 생길 우려가 있는 행위에 해당하여 보건범죄단속에 관한 특별조치법에서 말하는 의료행위에 해

당함에도, 원심은 이 점에 관하여 무죄를 선고하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(2) 무자격자인 공소의 2 와 공모하여 한약 조제행위를 하였다는 약사법위반의 점

공소의 2 는 피고인으로부터 처방전을 받은 후 피고인의 집 지하에서 피고인의 관리감독을 받지 아니한 채 위 처방전에 따라서 한약재를 배합하여 한약을 조제하였으므로 이는 명백히 무자격자가 한약을 조제한 것임에도, 원심은 공소의 2 가 자신의 책임 아래 특정인의 특정된 질병의 치료를 위한다는 인식 없이 단순히 피고인이 작성한 처방전에 따라 한약을 달이는 사실행위만을 하여 실질적으로는 한의사인 피고인이 한약을 조제한 것으로 평가할 수 있다는 이유로 이 점에 관하여 무죄로 판단하였으니 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(3) 과대광고에 따른 의료법위반의 점 중 무죄부분

이 부분 광고는 암환자들로 하여금 약침요법으로 암을 완치할 수 있는 것처럼 오인시키기에 충분하고 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나온다고 광고한 것은 사실을 지나치게 과장한 것임에도, 원심은 이 부분에 관하여 무죄로 판단하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 양형부당

피고인에게 동종의 기소유예처분 및 선고유예의 처벌을 받은 전력이 있는 점, 피고인은 일반인의 건강에 큰 영향을 미칠 수 있는 한의사임에도 그 사회적 의무를 위배하여 이 사건 각 범행을 저지른 것으로 그 죄질이 불량한 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 원심의 형(벌금 100만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

4. 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단(무죄부분)

가. 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점

(1) 의료법 제25조 소정의 ‘의료행위’라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는데(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 등 참조), 그 의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하도록 함으로써 사람의 생명·신체상의 위험이나 일반공중 위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 등 참조).

(2) 피고인 및 공소의 1 의 수사기관 및 법정에서의 각 진술에 의하면, 공소의 1 은 피고인에게 고용되어 피고인의 한의원을 찾아온 암환자나 신부전증환자들을 상대로 통증부위 및 경락부위 등에 홍화기름을 바른 후 물소뿔이나 옥돌 등의 기구로 피부를 문지르는 시술행위(이하 ‘이 사건 시술행위’라고 한다)를 한 사실, 피고인의 한의원을 찾아온 환자들은 진료를 받기 위하여 피고인의 한의원을 찾아올 때 뿐만 아니라 수시로 이 사건 시술행위만을 받기 위하여 피고인의 한의원을 찾아오기도 하였고 그 시술의 대가로 1회당 2만 원 내지 3만 원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

(3) 이 사건 시술행위가 의료법 제25조 소정의 ‘의료행위’에 해당하는지 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 대한한의학회는 이 사건 시술행위를 한국한의표준의료행위분류상 코드번호 3201.55의 팔사요법, 3102.00의 지침술, 4505.05의 마사지법, 4510.25의 마찰요법들에 속하는 포괄적 한방의료행위로 볼 수 있다는 의견을 개진하고 있으나(공판기록 제94쪽), 한의외치체형학회에서는 한국한의표준의료행위에 속하는 팔사술에 해당하기 위하여는 팔사도구를 사용하고 경락의 유주에 따른 기술이 필요한데, 이 사건 시술행위는 경락의 유주에 따른 전문적인 기술이 결여되어 위 팔사술과 같은 것이라고 볼 수 없다는 의견을 개진하고 있는 점(공판기록 제123쪽), 환자들이 이 사건 시술행위를 받은 경우 피부가 약간 붉게 되기는 하지만 그 흔적이 곧 사라지고 달리 상처를 남기거나 통증을 동반하지는 않았던 점, 이 사건 시술행위는 전래적으로 내려오는 민간요법에서 유래한 것으로 그 시술에 물리적 요소가 가미되기는 하지만 위와 같은 이 사건 시술행위의 내용에 비추어 사람의 생명·신체나 일반공중의 위생에 위험을 야기한다고 보기는 어려운 점, 이 사건 시술행위에 사용된 기구가 신체에 위해를 줄 만한 특별한 기구라고 보이지는 않는 점, 피고인은 자신의 한의원을 찾아오는 환자들을 상대로 탕약치료·약침치료 및 뜸치료를 하면서 부수적으로 이 사건 시술행위를 병행하게 한 점, 공소의 1 은 이

사건 시술행위를 하면서 환자들을 문진하거나 촉진한 바 없고 모든 환자들을 상대로 동일한 방법으로 시술한 점, 피고인도 이 사건 시술행위가 환자의 통증완화에 도움이 되지만 그 자체로 치료효과는 없다고 진술하고 있는 점 등과 같은 사정을 고려하여 볼 때, 이 사건 시술행위가 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 단정하기 어렵고, 비록 피고인의 한의원을 찾아오는 환자들 중 일부가 이 사건 시술행위가 치료행위의 일환으로 시술되는 것으로 착각하였고, 그 착각이 피고인이나 공소외 1에 의하여 유발된 면이 있다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 시술행위가 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 보기는 어렵다.

(4) 따라서 이 사건 시술행위가 의료법 제25조 소정의 ‘의료행위’라고 볼 수 없으므로, 더 나아가 피고인이 공소외 1과 공모하여 이 사건 시술행위를 하였는지 살펴볼 필요없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 무자격자인 공소외 2와 공모하여 한약 조제행위를 하였다는 약사법위반의 점

(1) 약사법 제21조 제1항에서 말하는 의약품의 ‘조제’라 함은 일정한 처방에 따라서 두가지 이상의 의약품을 배합하거나 한가지의 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나눔으로써 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용되도록 약재를 만드는 것을 말하는 것인바(약사법 제2조 제15항), 한약재가 한약의 목적에 사용되는 것으로 인식되고 혹은 약효가 있다고 표방된 경우에는 약사법의 규제대상인 ‘의약품’에 해당하고(대법원 1996. 2. 9. 선고 95도1635 판결 참조), 한약을 혼합하여 특정인의 특정된 질병에 대한 약재를 만드는 것도 일반적으로는 조제의 개념에 포함된다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2348 판결 참조).

(2) 공소외 2가 약사법에서 정한 조제행위를 한 것인지 살피건대, 피고인의 이 법정에서의 진술, 공소외 2에 대한 검찰 및 경찰 각 피의자신문조서에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 고용되어 월 90만 원 내지 120만 원의 급여를 받으면서 정기적으로 피고인의 한의원을 방문하여 피고인이 작성한 처방전을 복사한 다음, 그것을 가지고 피고인의 집으로 와서 한약재를 저울에 달아 계량한 뒤 한약재를 혼합하여 약탕기로 끓이고 그 약을 진공포장한 사실을 인정할 수 있다.

(3) 위 인정사실에 의하면, 공소외 2의 위 행위는 피고인이 작성한 처방전에 따라서 두가지 이상의 의약품을 배합하는 방법으로 피고인의 한의원을 방문한 환자들의 약재를 만든 것으로서 약사법에서 정한 조제라고 봄이 상당하다고 할 것이어서 이 부분 공소사실을 충분히 유죄로 인정할 수 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 과대광고에 따른 의료법위반의 점 중 무죄부분

(1) 먼저, 원심이 무죄로 판단한 “약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원 이다”라는 공소사실 부분에 관하여 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 피고인이 암환자들을 상대로 자신이 직접 개발한 한약액을 주사기로 주입하는 시술을 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인이 약침요법이라는 치료법으로 암환자를 치료한 이상 그 치료효과에 관계없이 이 부분 광고가 과대광고라고 볼 수는 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 다음으로 “우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다....., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것이라는 게 피고인 원장의 설명”이라는 공소사실 부분에 관하여 살피건대, 검사가 제출한 증거들만으로는 그 내용이 실제와 달리 과장하여 표현한 것이라고 인정하기에 부족하여 이 부분 광고가 과대광고라고 단정할 수는 없으므로(피고인은 이 법정에 이르기까지 약침요법으로 암환자의 몸속에 있는 종양이 녹아 실제로 고름으로 나온 사례가 있다고 주장하고 있다), 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

그렇다면, 이 사건 공소사실 중 피고인이 무자격자인 공소외 2와 공모하여 한약 조제행위를 하였다는 약사법위반의 점은 충분히 유죄로 인정됨에도, 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단한 잘못이 있는바, 이 부분은 원심이 이미 유죄로 인정한 일부 약사법위반죄와 형법 제40조에 정한 상상적 경합 관계에 있으므로 형법 제50조에 따라 위 2개의 죄에 관하여 형이 무거운 전자의 약사법위반죄에 정한 형으로 처벌하여야 할 것이고, 또 위 전자의 약사법위반죄는 원심이 유죄로 인정한 일부 의료법위반죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 위 각 죄에 관하여 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로, 원심판결 중 유죄부분을 파기하여야 할

것이다.

5. 결론

따라서 검사의 일부 약사법위반의 점에 관한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항 에 따라 원심 판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점에 관한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항 에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

피고인은 ○○한의원 을 운영하던 자인바,

1. 약사 또는 한약사가 아니면 의약품의 조제할 수 없고, 의약품의 조제할 경우에는 약국 또는 의료기관의 조제실에서 행하여야 하며, 한의사가 자신의 치료용으로 사용하는 한약 및 한약제제는 자신이 직접 조제하여야 함에도, 약사·한약사·한의사 자격이 없는 공소외 2 와 공모하여,

2002. 3. 4.경부터 같은 해 9. 30.경까지 사이에 약국 또는 의료기관의 조제실이 아닌 서울 성동구 (이하 2 생략) 소재 피고인의 집 지하실 15평 규모의 넓이에 한약재 창고 3개, 약탕기 8개, 밀봉 포장기 2대 등의 시설을 갖추고, 공소외 2 로 하여금 피고인이 위 ○○한의원 에서 보내준 처방전에 따라 만성신장염 환자인 공소외 4 에게 인진오령탕을 조제하여 주는 등 약 210명의 환자들에게 위와 같은 방법으로 소시호탕·인진오령탕 등을 조제하게 하고 합계 2억 6,656만 4,000원을 받는 등 한약 조제행위를 하고,

2. 2002. 8.경부터 같은 해 10. 17.경까지 사이에 위 ○○한의원 에서 인터넷 홈페이지(www.○○○.com)에 “세계 최고 수준의 말기암 치료 효율을 실현하고 있는 ○○한의원 ”이라는 내용을 게재하여 의료업무에 관한 과대한 광고를 하였다.

1. 피고인의 이 법정에서의 진술

1. 공소외 2 에 대한 검찰 및 경찰 각 피의자신문조서

1. 홈페이지광고

1. 범죄사실에 대한 해당법조

약사법 제76조 제1항 , 제21조 제2항 , 형법 제30조 (조제실 이외 장소 조제의 점), 약사법 제74조 제1항 제1호 , 제21조 제1항 , 형법 제30조 (무면허 의약품 조제의 점), 의료법 제67조 , 제46조 제1항 (의료업무 과대광고의 점)

1. 상상적 경합

형법 제40조 , 제50조 (각 약사법위반죄 상호간)

1. 경합범 가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호 , 제50조

1. 노역장유치

형법 제70조 , 제69조 제2항

1. 가납명령

형사소송법 제334조 제1항

이 사건 공소사실 중 「피고인은 2002. 8.경부터 같은 해 10. 17.경까지 사이에 위 ○○한의원 에서 인터넷 홈페이지(www.○○○.com)에 “약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원 이다”, “우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다....., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것이라는 게 피고인 원장의 설명”이라는 내용을 게재하여 의료업무에 관한 과대한 광고를 하였다」는 일부 의료법위반의 점에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실은 위 제4의 다항에서 실시한 바와 같이 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 따라 피고인에 대하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 이와 단일죄의 관계에 있는 판시 의료법위반죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 무죄를 선고하지 아니한다.

피고인에게 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)죄로 1차례 선고유예로 처벌받은 전과가 있지만, 유죄로 인정되는 이 사건 각 범행내용이 그다지 중하다고 볼 수는 없는 점 등을 고려하여 피고인에게 벌금형을 선고하기로 하되, 그 벌금액은 위와 같은 양형요소들 및 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동

기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 고려하여 주문과 같이 정한다.

판사 김한용(재판장) 류연중 김정훈