

서울지법 2000. 2. 1. 선고 99노6870 판결 : 확정

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [하집2000-1,486]

【판시사항】

- [1]의료법 제25조 제1항 소정의 '의료행위'의 의미 및 침구(鍼灸)행위가 '의료행위'에 해당하는지 여부(적극)
- [2]보건범죄단속에관한특별조치법 제5조와 의료법 제25조에서 '의료행위'나 '한방의료행위'에 관한 적극적인 정의 규정을 두지 않은 것이 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)
- [3]의료법 제25조 제1항이 한의사 등의 면허를 취득하지 않았지만 침구행위에 재능을 가진 자들의 직업선택의 자유권, 평등권, 행복추구권을, 적절한 침술행위를 받고자 하는 일반 국민의 행복추구권 등을 침해하는 규정인지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 의료법 제25조 제1항 소정의 '의료행위'라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 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, 침구행위는 질병의 치료를 위하여 경혈에 침을 놓거나 뜸을 뜨는 행위로서, 시술자가 인체의 어느 부위에 어떤 침이나 뜸을 어느 정도 어떤 방법으로 놓을 것인가는 환자의 질병에 따라 결정되는 것이고, 환자의 질병에 대한 판단은 문진(問診), 맥진(脈診) 등의 진찰과 이에 의하여 얻어진 정보에 의하여 이루어지므로 침구행위란 단순히 인체의 특정 부위에 침이나 뜸을 놓는 행위에 국한되는 것이 아니라 위 행위에 필연적으로 수반되는 환자에 대한 진단과 처방까지 포함하는 것이라고 보아야 할 것이며, 침구시술에는 환자의 상태나 병증(病症), 일시 및 기후, 혈위(穴位)에 따라 금기할 사항이 있는가 하면, 그 부작용으로서 비록 드물기는 하지만 체침(滯鍼, 근육긴장으로 침이 잘 들어가지도 빠지지도 아니한 상태), 곡침(曲鍼), 절침(折鍼), 혼침(暈鍼, 환자가 허약하거나 침자극이 강했을 때 생기는 어지럼증, 기절 등의 증상) 등의 가능성이 전혀 없는 것이 아니고, 또한 침구행위는 치료행위의 일종으로서 이를 필요로 하는 환자의 처지에서 보면 자신의 질병에 대한 빠르고 정확한 진단과 그에 따른 적절한 침구시술을 받도록 하여야 할 필요성이 높으므로, 침구행위는 의료행위, 좀더 구체적으로 말하면 한방의료행위에 포함된다고 할 것이다.

[2]처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것인바, 보건범죄단속에 관한특별조치법 제5조나 의료법 제25조는 '의료행위'에 관한 적극적인 정의규정을 두고 있지 않지만, 의료법 제1조는 "이 법은 국민의의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다."고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 "의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민 보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다."고 규정

하고 있는 점에 비추어 보면 의료행위는 의학적 전문지식으로 질병이 진찰, 검안, 처방, 투약 및 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 말할 수 있고, 침구행위가 의료행위의 일종인 한방치료행위에 포함되는 것이 명백하므로 위 처벌법규가 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

[3] 국가가 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 것은 의료행위가 가장 존귀한 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서 이를 조금이라도 그르치면 그 피해는 영원히 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로 의과대학에서 기초의학부터 시작하여 체계적으로 의학을 공부하고 상당기간 임상실습을 한 후 국가의 검증(국가시험)을 거친 사람에 한하여 의료행위를 하게 하고 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하게 하여 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위 그 자체를 미리 막자는 취지로서, 만약 의사가 아닌 사람도 함부로 의료행위를 할 수 있다고 한다면 감언이설을 동원한 사이비(似而非) 의료인이 창궐할 것이고 중병이나 불치병을 앓는 사람들은 이에 현혹되어 올바른 판단이나 선택을 하지 못하고 이들에게 자기의 생명이나 신체를 맡기는 일도 흔히 있을 것인데, 이러한 경우에는 국민의 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해발생의 가능성을 예견하면서도 국가가 이를 방치하는 것이 되고, 이는 국민건강의 보호증진을 도모하려 하는 국가의료제도의 목적에 반하고 전체국민의 건강은 심각한 위협을 받게 될 것이므로, 침구행위를 포함하여 의료행위를 제한하는 의료법 제25조 제1항은 침구행위에 재능을 가진 무면허자들의 직업선택의 자유권, 평등권, 행복추구권을 침해하거나, 적절한 침술행위를 받고자 하는 일반 국민의 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

【참조조문】

[1] [1] 의료법 제25조 제1항 / [2] 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조, 의료법 제25조 제1항, 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 / [3] 의료법 제25조 제1항, 헌법 제10조, 제11조, 제15조

【참조판례】

[1] 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결(공1975, 8222), 대법원 1978. 5. 9. 선고 77도2191 판결(공1978, 10836), 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1892 판결(공1992, 3194), 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결(공1999상, 818), 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결(공1999하, 1555), 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결(공2000상, 903), 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432 판결(공2000하, 2162) / [2] 헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌바103 결정, 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정(헌집8-2, 785)

【전문】

【피고인】 피고인 1
외 4인
【항소인】 피고인들
【변호인】 변호사 정희창

【대상판결】

【원심판결】 서울지법 1999. 6. 25. 선고 99고단5090 판결

【주문】

피고인들의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 침구행위는 그 도구나 시술부위, 시술깊이 등에 비추어 볼 때 치료효과는 뛰어나지만 그 부작용이 거의 없어 인체에 위해를 가할 염려가 없는 유사(類似)의료행위인바, 구 의료법이 의료행위와 유사의료행위를 구분하고 침구행위를 유사의료행위에 포함하여 그 자격을 별도로 규정하고 있었던 것과는 달리, 현행 의료법은 위 유사의료행위에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여 침구행위를 할 수 있는 자격을 제한하지 않고 있는데도 불구하고, 원심은 의료법 제25조 제1항 소정의 "의료행위"의 범위에 관한 법리를 오해하거나 침구행위에 관한 사실을 오인하여 이 사건 침구행위가 위 "의료행위"에 해당한다고 보아 피고인들에 대하여 유죄를 인정한 잘못을 범하였다.

나. 의료법 제25조 제1항 소정의 "의료행위"는 같은 법 제66조 제3호 위반죄 및 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조(부정의료업자의 처벌) 위반죄의 각 구성요건인바, 위 "의료행위"에 이 사건 침구행위 등 유사의료행위 등이 포함되는지 여부가 명확히 규정되어 있지 아니하여, 위 처벌규정은 죄형법정주의 원칙에 반하여 위헌이고, 나아가 침구행위를 위 "의료행위"에 포함되는 것으로 해석한다면, 위 의료법 제25조 제1항은 한의사 등의 면허는 취득하지 않았지만 침구행위에 재능을 가진 자들의 직업선택의 자유권, 평등권, 행복추구권을, 적절한 침술행위를 받고자 하는 일반 국민의 행복추구권 등을 침해하여 위헌이어서 무효라 할 것인데도 원심은 법리를 오해하여 위 규정들이 유효한 것으로 보고 피고인들에 대하여 유죄를 인정한 잘못을 범하였다.

2. 판 단

가. 먼저, 침구행위가 의료법 제25조 제1항 소정의 "의료행위"에 해당하는지 여부에 관한 주장을 살핀다.

질병의 치료를 위하여 경혈(經穴)에 침(鍼)을 놓거나, 뜸(灸)을 뜨는 행위인 침구(鍼灸)행위가 "의료행위"에 해당하는가의 문제는 좀더 구체화하면 위 행위가 "한방의료행위"에 해당하는가 여부의 문제이다.

(1) 우선 이에 관한 규정의 변천을 살펴봄으로써 침구행위가 "한방의료행위"에 포함되는 것으로 보아야 할지 여부를 살핀다.

(가) 일제 때는 안마술, 침술, 구술 면허제도{1914. 10. 공포·시행된 안마술, 침술, 구술영업취체규칙(조선총독부령 제10호)}가 시행되었고, 1951. 9. 25. 공포되고 그로부터 90일 후에 시행된 국민의료법(법률 제221호)은 제59조에서 "종래에 규정된 접골·침술·구술·안마술업자 등 의료유사업자제도는 주무부령으로써 정한다."라고 규정하여 이를 보건사회부령에 위임하고, 이에 근거하여 1960. 11. 28. 공포된 의료유사업자령(보건사회부령 제55호)은 제2조 제2호에서 침사라 함은 "환자의 경혈에 대하여 시술하는 자"를 말한다고 정의하고, 제3조에서 접골사, 침사, 구사 또는 안마사가 되고자 하는 자는 서울특별시장 또는 도지사가 시행하는 접골사, 침사, 구사 및 안마사자격시험에 합격하고 그 자격증을 받아야 한다라고 규정함으로써 침구행위를 유사의료행위로 규정하고, 그 자격을 별도로 정하였다.

(나) 그런데 1962. 3. 20. 법률 제1035호에 의하여 위 국민의료법은 의료법으로 대체되면서, 위 국민의료법 제59조가 삭제되어 의료유사업자제도가 폐지되었고, 위 의료유사업자에 대한 자격부여에 관한 규정인 의료유사업자령 제3조 또한 1964. 5. 13. 보건사회부령 제133호에 의하여 삭제되었다. 다만, 경과조치로서 의료법 부칙 제3항에서 "본법 시행 당시의 의사, 한지의사, 치과의사, 한지치과의사, 한의사, 한지한의사, 보건원, 조산원, 간호원 및 의료유사업자의 면허 및 자격과 기타 의료상의 권리는 본법에 의하여 취득한 것으로 간주한다."

라는 규정을 두어 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권은 보호하였다(1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문 개정된 의료법 제59조나 그 후 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 개정된 현행 의료법 제60조는 의료유사업자에 관하여 비록 별도의 규정을 신설하기는 하였으나 그 내용을 기본적으로 위 법률 제1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지이다).

그리고 위 의료법은 한의사가 되고자 하는 자는 한의사국가시험에 합격한 자로서 보건사회부장관이 정하는 바에 의하여 면허를 받아야 하고(제14조), 한의사국가시험은 각 영의 정하는 바에 의하여 매년 보건사회부장관이 이를 시행하도록(제56조) 규정하고, 1962. 1. 15. 각 영 제378호로 의사, 치과의사, 한의사국가시험령 제3조가 개정되어 침구학이 한의사국가시험 과목에 추가되었다.

(다)위와 같은 법령의 조항에 따라 침구학이 한의사국가시험과목에 포함된 한의학 국가시험이 시행되어 오던 중 의료법이 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문 개정되고 위 법 제9조에 "한의사의 국가시험은 매년 보건사회부장관이 이를 시행한다. 위 국가시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다."고, 전문 개정된 의료법시행령(같은 해 9. 20. 대통령령 제6863호)에는 국가시험의 시험과목 등 시험에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다(제5조)고 각 규정하고, 의료법시행규칙(같은 해 10. 17. 보건사회부령 제426호)은 제8조 제1항에서 한의사 국가시험과목으로 침구학이 포함되는 것으로 규정하였다.

그 뒤 의료법, 동법시행령, 동법시행규칙이 개정되었으나 현재까지도 위와 같은 취지의 규정을 두고 있다.

(라)위에 살핀 것과 같이 침구시술업자 등 의료유사업체도가 폐지되고, 한의사 국가시험과목에 침구학이 포함된 변천과정에 비추어 보면, 입법자가 침구시술행위 등 유사의료행위에 관하여 아무런 규정을 마련하지 아니한 것이 아니라, 오히려 한의사에게 침구시술행위까지 맡겨 한방을 일원화하려 한 것임을 알 수 있다(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정 참조).

(2)다음으로 "의료행위"의 해석과 관련하여 침구행위가 이에 해당하지 아니하는지 여부를 살핀다.

의료법 제25조 제1항 소정의 "의료행위"라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 등 참조).

그런데 침구행위는 앞서도 언급하였듯이 질병의 치료를 위하여 경혈에 침을 놓거나, 뜸을 뜨는 행위인바, 시술자가 인체의 어느 부위에 어떤 침이나 뜸을 어느 정도, 어떤 방법으로 놓을 것인가는 환자의 질병에 따라 결정되는 것이고, 환자의 질병에 대한 판단은 문진(問診), 맥진(脈診) 등의 진찰과 이에 의하여 얻어진 정보에 의하여 이루어진다. 따라서 침구행위란 단순히 인체의 특정 부위에 침이나 뜸을 놓는 행위에 국한되는 것이 아니라 위 행위에 필연적으로 수반되는 환자에 대한 진단과 처방까지 포함하는 것이라고 보아야 할 것이다.

그리고 침구시술에는 환자의 상태나 병증(病症), 일시 및 기후, 혈위(穴位)에 따라 금기할 사항이 있는가 하면, 그 부작용으로서 비록 드물기는 하지만 체침(滯鍼, 근육긴장으로 침이 잘 들어가지도 빠지지도 아니한 상태), 곡침(曲鍼), 절침(析鍼), 혼침(暈鍼, 환자가 허약하거나 침 자극이 강했을 때 생기는 어지럼증, 기절 등의 증상) 등의 가능성이 전혀 없는 것이 아니다{전국 한의과대학 침구·경혈학교실 편저, 침구학 하권, 집문당(1991. 8. 20.), 1069~1074쪽}.

또한 침구행위는 치료행위의 일종으로서, 이를 필요로 하는 환자의 처지에서 보면, 자신의 질병에 대한 빠르고 정확한 진단과 그에 따른 적절한 침구시술을 받도록 하여야 할 필요성이 높다.

이상에서 살핀 "의료행위"의 개념과 침구행위의 내용 및 성격 등에 비추어 보면, 침구행위는 의료행위에, 좀더 구체적으로 말하면 한방의료행위에 포함된다고 할 것이다.

나.다음으로 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 및 의료법 제25조 제1항의 위헌, 무효에 관한 주장을 살핀다.

(1) 처벌법규의 불명확을 이유로 한 죄형법정주의 위반의 주장

보건범죄단속에관한특별조치법 제5조는 "의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 하는 자"를 처벌하도록 규정하고 있고, 한편 의료법 제25조는 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다."고 규정하고 있으며, 위 "의료행위"나 "한방의료행위"에 관한 적

극적인 정의 규정을 따로 두고 있지는 아니하다.

무릇, 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것이다(헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌바103 결정 외 다수).

이에 비추어 살펴건대, 보건범죄단속에관한특별조치법이나 의료법은 "의료행위"에 관한 적극적인 정의규정을 두고 있지 않지만, 의료법 제1조는 "이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다."고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 "의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다."고 규정하고 있는바, 위 각 법률조항이 규정한 바에 따르면 의료행위는 의학적 전문지식으로 질병의 진찰, 검안, 처방, 투약 및 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 말할 수 있고, 이 사건 침구행위가 앞서 본 바와 같이 의료행위의 일종인 한방치료행위에 포함되는 것이 명백하므로 위 처벌법규가 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 기타 위헌에 관한 주장

국가가 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 것은 의료행위가 가장 존귀한 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서 이를 조금이라도 그르치면 그 피해는 영원히 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로, 의과대학에서 기초의학부터 시작하여 체계적으로 의학을 공부하고 상당기간 임상실습을 한 후 국가의 검증(국가시험)을 거친 사람에 한하여 의료행위를 하게 하고, 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하게 하여 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위 그 자체를 미리 막자는 취지이다.

만약 의사가 아닌 사람도 함부로 의료행위를 할 수 있다고 한다면, 감언이설을 동원한 사이비(似而非) 의료인이 창궐할 것이고 중병이나 불치병을 앓는 사람들은 이에 현혹되어 올바른 판단이나 선택을 하지 못하고 이들에게 자기의 생명이나 신체를 맡기는 일도 흔히 있을 것인데, 이러한 경우에는 국민의 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해발생의 가능성을 예견하면서도 국가가 이를 방지하는 것이 된다. 이는 국민건강의 보호증진을 도모하려 하는 국가의료제도의 목적(의료법 제1조, 제2조 참조)에 반하고 전체국민의 건강은 심각한 위협을 받게 될 것이다.

침구행위를 포함하여 의료행위를 제한하는 의료법 제25조 제1항은 위와 같은 취지에서 마련된 규정으로서 피고인들이 주장하는 바와 같이 침구행위에 재능을 가진 무면허자들의 직업선택의 자유권, 평등권, 행복추구권을 침해하거나, 적절한 침술행위를 받고자 하는 일반 국민의 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 그렇다면 원심이 이 사건 침구행위를 의료법 제25조 제1항 소정의 의료행위에 해당한다고 판단하고 피고인들에 대하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하므로 이에 반한 피고인들의 이 사건 항소 논지는 모두 이유 없어, 피고인들의 항소를 기각한다.

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

판사 김이수(재판장) 김정중 김정중