

대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [공2004.12.1.(215),1989]

【판시사항】

- [1] 의료행위의 의미
- [2] 무면허 의료행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 인정되기 위한 요건
- [3] 부항 시술행위가 정당행위에 해당하지 아니한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 의료행위라 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 의미한다.
- [2] 부항 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵고, 다만 개별적인 경우에 그 부항 시술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술 경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다.
- [3] 부항 시술행위가 정당행위에 해당하지 아니한다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 의료법 제25조 제1항 / [2] 형법 제20조 , 의료법 제25조 제1항 , 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 / [3] 형법 제20조 , 의료법 제25조 제1항 , 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조

【참조판례】

- [1] 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 (공1999상, 818), 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도6130 판결 (공2002상, 444), 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 (공2003하, 2042) / [2] 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결 (공2000상, 1345), 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결 (공2003상, 555), 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결 (공2003상, 1408)

【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 피고인

【변호인】 변호사 이종필

【대상판결】

【원심판결】 대전지법 2004. 5. 21. 선고 2004노82 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

1. 의료행위라 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 의미한다 할 것인바 (대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 등 참조), 원심이 적법히 인정한 바와 같이 피고인이 찔방 내에 침대, 부항기 및 부항침 등을 갖추어 놓고 찾아오는 사람들에게 아픈 부위와 증상을 물어 본 다음 양손으로 아픈 부위의 혈을 주물러 근육을 풀어주는 한편, 그 부위에 부항을 뜬 후 그 곳을 부항침으로 10회 정도 찌르고 다시 부항을 뜬 방법으로 치료를 하여 주고 치료비 명목으로 15,000원 또는 25,000원을 받은 이 사건에서, 피고인의 이러한 행위는 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 것이므로 의료행위에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지에서 피고인의 행위를 의료행위로 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 의료행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 부항 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵고, 다만 개별적인 경우에 그 부항 시술행위의 위험성의 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 피고인이 행한 부항 시술행위가 보건위생상 위해가 발생할 우려가 전혀 없다고 볼 수 없는 데다가, 피고인이 의사 자격이나 이에 관한 어떠한 면허도 없이 영리를 목적으로 위와 같은 치료행위를 한 것이고, 단순히 수치침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 것이므로, 이러한 피고인의 시술행위는 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 따라서 사회상규에 위배되지 아니하

는 행위로서 위법성이 조각되는 경우에 해당한다고 할 수 없다.

이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판례는 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장) 변재승 박재윤 고현철(주심)