

대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)(인정된 죄명 : 약사법위반)】 , [공2001.9.1.(137),1890]

【판시사항】

[1] 의료행위의 의미

[2] 건강원을 운영하는 피고인이 손님들에게 뱀가루를 판매함에 있어 그들의 증상에 대하여 듣고 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내보이게 한 후 뱀가루를 복용할 것을 권유하였을 뿐 병상이나 병명이 무엇인지를 규명하여 판단을 하거나 설명을 한 바가 없는 경우, 의료행위에 해당하지 않는다고 본 사례

[3] 약사법의 규제 대상이 되는 의약품의 개념 및 그 판단 기준

[4] 건강원을 운영하는 피고인이 몸이 아프다며 찾아온 손님들에게 질병치료에 효과가 있다고 선전하면서 캡슐에 넣어져 있거나 약첩에 담겨져 있는 뱀가루를 80만 원 내지 160만 원의 고가에 판매한 경우, 판매한 뱀가루의 외관, 사용목적, 효과, 용법, 용량 등의 선전내용, 포장방법, 판매가격 등을 고려하면 피고인이 판매한 뱀가루는 약사법상의 의약품에 해당한다고 본 사례

【판결요지】

[1] 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말하는 것이고, 여기에서 진찰이라 함은 환자의 용태를 관찰하여 병상과 병명을 규명·판단하는 작용으로 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진, 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다.

[2] 건강원을 운영하는 피고인이 손님들에게 뱀가루를 판매함에 있어 그들의 증상에 대하여 듣고 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내보이게 한 후 뱀가루를 복용할 것을 권유하였을 뿐 병상이나 병명이 무엇인지를 규명하여 판단을 하거나 설명을 한 바가 없는 경우, 그 행위는 뱀가루 판매를 용이하게 하기 위한 부수적인 행위에 해당할 뿐 병상이나 병명을 규명·판단하는 진찰행위에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 의료행위에 해당하지 않는다고 본 사례.

[3] 구 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4항의 규정에 의하면 의약품이라 함은 대한약전에 수재된 것으로서 위생용품이 아닌 것과 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 것으로서 기구·기계가 아닌 것, 사람 또는 동물의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것으로서 기구·기계나 화장품이 아닌 것을 모두 포함하는 개념인바, 위와 같은 의약품에 해당되는지 여부는 반드시 약리작용상 어떠한 효능의 유무와는 관계없이 그 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭 및 표시된 사용목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여 사회 일반인이 볼 때 한 눈으로 식품으로 인식되는 것을 제외하고는 그것이 위 목적에 사용되는 것으로 인식되고 혹은 약효가 있다고 표방된 경우에는 이를 모두 의약품으로 보아 약사법의 규제대상이 된다고 해석함

이 상당하다.

[4] 건강원을 운영하는 피고인이 몸이 아프다며 찾아온 손님들에게 질병치료에 효과가 있다고 선전하면서 캡슐에 넣어져 있거나 약첩에 담겨져 있는 뱀가루를 80만 원 내지 160만 원의 고가에 판매한 경우, 판매한 뱀가루의 외관, 사용목적, 효과, 용법, 용량 등의 선전내용, 포장방법, 판매가격 등을 고려하면 피고인이 판매한 뱀가루는 약사법상의 의약품에 해당한다고 본 사례.

【참조조문】

[1] 의료법 제25조 제1항, 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 / [2] 의료법 제25조 제1항, 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 / [3] 구 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4항 / [4] 구 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4항, 제35조 제1항, 제74조

【참조판례】

[1] 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결(공1978, 11097), 대법원 1981. 12. 22. 선고 80도2974 판결(공1982, 234), 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결(공2000상, 903), 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432 판결(공2000하, 2162) / [3] 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도2892 판결(공1985, 582) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1236 판결(공1990, 2346), 대법원 1995. 8. 25. 선고 95도717 판결(공1995하, 3310), 대법원 1998. 2. 13. 선고 97도2925 판결(공1998상, 830)

【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 검사 및 피고인

【변호인】 법무법인 아시아 담당변호사 전병무

【대상판결】

【원심판결】 대전지법 1999. 5. 13. 선고 98노2930 판결

【주문】

각 상고를 기각한다.

【이유】

1. 검사의 상고이유 주장에 관한 판단

원심은 보건범죄단속에관한특별조치법위반의 주위적 공소사실에 대하여, 제1심 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 그가 운영하는 건강원 을 찾아온 사람들로부터 그들의 증상 등을 듣고 나서 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내밀어 보게 하는 등으로 그 증상을 나름대로 확인한 다음 뱀가루를 복용하면 그와 같은 증상이 호전된다고 하면서 이를 판매한 사실은 인정되나, 그와 같은 피고인의 행위만으로는 피고인이 의료행위를 하였다고 볼 수 없고, 달리 피고인이 주위적 공소사실 기재와 같은 의료행위를 하였다고 인정할 증거가 없으므로 이 사건 주위적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라고 판단하였다.

기록상의 증거조사를 마친 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심의 그 사실인정은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 아니하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

한편, 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말하는 것이고, 여기에서 진찰이라 함은 환자의 용태를 관찰하여 병상과 병명을 규명·판단하는 작용으로 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진, 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다고 할 것이다(대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결, 1981. 12. 22. 선고 80도2974 판결, 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결 등 참조).

기록에 따르니, 피고인은 그가 운영하는 건강원 을 찾아온 손님들에게 뱀가루를 판매함에 있어 그들로부터 그들의 증상에 대하여 듣고 나서 손바닥을 펴보게 하거나 혀를 내보이게 한 후 뱀가루를 복용할 것을 권유하였을 뿐 그들의 병상이나 병명이 무엇인지를 규명하여 판단을 내리거나 설명을 한 바가 전혀 없음을 알 수 있으므로 피고인의 그와 같은 행위는 단지 피고인이 그들에게 뱀가루를 판매함에 있어 이를 용이하게 하기 위하여 한 부수적인 행위에 해당할 뿐 그들의 병상이나 병명을 규명·판단하는 진찰행위에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 행위는 의료행위에 해당하지 아니한다고 본 원심의 판단은 정당하고 거기에 의료행위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 상고이유의 주장들을 모두 받아들이지 아니한다.

2. 피고인의 상고이유 주장에 관한 판단

구 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4항의 규정에 의하면 의약품이라 함은 대한약전에 수재된 것으로서 위생용품이 아닌 것과 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 것으로서 기구기계가 아닌 것, 사람 또는 동물의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것으로서 기구기계나 화장품이 아닌 것을 모두 포함하는 개념인바, 위와 같은 의약품에 해당되는지 여부는 반드시 약리작용상 어떠한 효능의 유무와는 관계없이 그 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭 및 표시된 사용목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여 사회일반인이 볼 때 한 눈으로 식품으로 인식되는 것을 제외하고는 그것이 위 목적에 사용되는 것으로 인식되고 혹은 약효가 있다고 표방된 경우에는 이를 모두 의약품으로 보아 약사법의 규제대상이 된다고 해석함이 상당하다(대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1236 판결, 1995. 8. 25. 선고 95도717 판결 등 참조).

원심은 약사법위반의 예비적 공소사실에 대하여 그의 채용증거들을 종합하여, 피고인이 그가 운영하는 건강원에서 온 몸이 아프다며 찾아온 공소외 신은균에게 깨끗이 닦게 하는 약이라고 하면서 뱀가루를 봉투 3개에 나누어 금 180만 원에 판매한 것을 비롯하여 원심 판시와 같이 공소외 임영택, 송재명, 전운하에게 같은 방법으로 뱀가루를 금 80만 원 내지 160만 원에 판매한 사실과 피고인이 판매한 뱀가루는 캡슐에 넣어 제조되었거나 약첩에 담겨져 있었고, 피고인은 뱀가루를 판매하면서 그것이 정력감퇴 등의 여러 증상과 질병치료에 효과가 있다고 선전한 사실을 인정하였다.

원심은 나아가, 피고인이 판매한 뱀가루는 그 외관, 형상에서 다른 의약품과 유사할 뿐만 아니라 피고인이 뱀가루가 질병치료에 효과가 있다고 선전한 이상 사회일반인으로서 그 뱀가루가 사람의 질병의 치료 또는 예방에 사용될 목적으로 제조된 것이라고 인식함에 충분하므로 피고인이 판매한 뱀가루는 약사법 제2조 제4항의 의약품에 해당하고, 따라서 피고인의 행위는 약사법위반죄에 해당한다고 판단하였다.

기록상의 증거들과 대조하면서 위에서 본 법리에 비추어 이 사건 판매품의 약품과 유사한 외관, 사용목적, 효

과, 용법, 용량 등 선전내용, 포장방법, 판매가격 등의 사정을 함께 고려해 볼 때, 피고인이 판매한 뽕가루를 약사법이 정한 의약품에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고 거기에 증거법칙에 위반한 위법이나 약사법상의 의약품에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

피고인의 상고이유의 주장을 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그러므로 검사 및 피고인의 각 상고를 기각하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장) 조무제(주심) 이용우 이강국