

대법원 2009.10.15.선고 2006도6870 판결

【보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)】 , [미간행]

【판시사항】

- [1] 구 의료법 제25조 제1항 에 정한 ‘의료행위’의 의미 및 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려’의 정도
- [2] 무면허 의료행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 인정되기 위한 요건
- [3] 한의사 면허나 자격 없이 소위 ‘통합의학’에 기초하여 환자를 진찰 및 처방하는 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례

【참조조문】

- [1] 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 / [2] 형법 제20조 , 구 의료법 제25조 제1항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) , 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조 / [3] 형법 제20조 , 구 의료법 제25조 제1항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) , 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조

【참조판례】

- [1][2] 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 (공1993하, 2683), 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결 (공2000상, 880)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 양동관외 1인

【대상판결】

【원심판결】 서울중앙지법 2006. 9. 20. 선고 2006노1647 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 채증법칙 위배, 법리오해, 확장해석금지의 원칙 위반 주장에 대하여

구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 의료법’이라 한다) 제25조 제1항에서 말하는 ‘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 의미하고 (대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 등 참조), 여기서 말하는 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려’는 추상적 위험으로도 충분하므로 구체적으로 환자에게 위험이 발생하지 않았다 하여 보건위생상의 위해가 없다고 할 수는 없으며 (대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 등 참조), 한편 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 입증책임은 검사에게 있으므로, 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라는 점은 검사가 입증하여야 한다.

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 의사가 작성한 소견서, 검사서 등과 피고인이 직접 환자에게 물어 알게 된 사항 등을 종합하여 환자의 상태를 판단하고, 그 환자의 상태에 맞는 한약재를 선택하였다는 것인데, 이는 비록 환자가 피고인을 찾아오기 전에 이미 자신의 병명을 알고 있었다 하더라도, 피고인으로부터 자신의 병상에 대한 정보를 새로이 얻을 수 있는 여지가 있고, 따라서 피고인의 위와 같은 식단표 작성 행위는 환자의 병명과 병상에 대한 진단을 통하여 그 환자의 상태에 맞는 한약재를 선택하는 처방으로서 행하여진 것이며, 그 처방에 따른 효과가 어떠한 것인지 아직 체계적·과학적으로 입증되지 아니하여 국민의 보건위생에 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 할 것이어서 피고인의 이 사건 공소사실 행위는 구 의료법상 한의사의 의료행위(한방의료행위)에 포함되고, 구 의료법이 정하는 면허나 자격 없이 환자의 병상 등을 진단하여 처방을 하는 것은 구 의료법 제25조 제1항의 무면허의료행위에 해당하며, 나아가 피고인의 이 사건 의료행위와 환자들의 가입비 지급은 대가관계에 있다는 이유로, 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였는바, 관계 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배, 법리오해, 확장해석금지의 원칙 위반의 위법이 없다.

2. 정당행위 주장에 대하여

의료행위에 해당하는 어떠한 시술행위가 무면허로 행하여졌을 때, 개별적인 경우에 그 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 조각되는 것이고 (대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 등 참조), 한편 이러한 법리는 의료행위에 해당하는 진찰 및 처방에도 마찬가지로 적용된다.

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 비록 피고인이 나름대로 소위 ‘통합의학’이라는 분야의 지식을 쌓아 온 사실은 인정되나, 국내에서 진찰 및 처방행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지는 못한 사실, 위와 같은 ‘통합의학’은 아직 이에 대한 체계적인 연구가 부족하여 그 치료효과에 관한 과학적 근거가 부족한 사실, 이 사건 환자들은 간암, 간경화 등 질병의 치료를 목적으로 피고인을 찾아가 가입비를 납부한 뒤, 피고인으로부터

진찰을 받고, 그 상태에 따라 한의사가 아니면 처방할 수 없고 한약사라고 하더라도 한약조제지침서에 정하여진 처방에 따라서 조제할 수 있을 뿐인 한약재로 구성된 소위 ‘달인 물’을 처방받아 이를 복용하였는데, 이러한 ‘통합의학’에 기초한 피고인의 질병에 대한 진찰 및 처방은 그 치료효과에 관한 과학적 근거가 부족하여 그로 인한 부작용 내지 위험발생의 개연성이 적지 아니할 것으로 보이는 사실 등을 인정할 수 있는바, 그렇다면 이러한 피고인의 진찰 및 처방은 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 없으므로 위법성이 조각되지 아니한다. 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장) 박시환(주심) 안대희 신영철