

대구지법 2010.4.1.선고 2009고단5167 판결 : 항소

【보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)·의료법 위반】 , [각공2010상,802]

【판시사항】

안마사인 피고인이 한의사가 아님에도 영리를 목적으로 불특정 다수인을 상대로 침(鍼)을 놓아 한방의료행위를 업으로 하였다는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반의 공소사실에 대하여, 안마사의 업무범위에는 침의 종류를 불문하고 침술행위는 포함되지 않는다는 이유로 유죄를 인정한 사례

【판결요지】

안마사인 피고인이 ‘지압침술원’이라는 상호로 안마원을 개설·운영하면서, 한의사가 아님에도 영리를 목적으로 불특정 다수인을 상대로 침(鍼)을 놓아 한방의료행위를 업으로 하였다는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반의 공소사실에 대하여, 안마의 보조요법으로 3호침 이하의 침을 놓는 것이 안마행위에 포함되어 허용된다는 정부(과거 보건사회부)의 유권해석 및 국립맹학교나 안마사협회의 교육내용을 근거로 일정 범위의 침술행위가 적법하다거나 죄가 되지 아니한다고 믿은 데에 정당한 사유가 있다는 피고인의 주장을 배척하고, 현행 의료법과 관련 법규의 체계적 해석을 고려할 때 안마사의 업무범위에는 침의 종류를 불문하고 침술행위는 포함되지 않는다는 이유로, 수년간 무면허 침술행위 영업을 해 온 피고인에게 유죄를 인정한 사례.

【참조조문】

형법 제16조 , 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조 , 의료법 제27조 제1항 , 제81조 제1항 , 제82조 제1항 , 제88조 , 구 안마사에 관한 규칙(2008. 4. 11. 보건복지가족부령 제8호로 개정되기 전의 것) 제2조 , 안마사에 관한 규칙 제2조 , 점골사·침사·구사·안마사자격시험규정 제3조 , 제5조 , 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 제3항

【참조판례】

대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 (공1999상, 818), 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005도5923 판결 , 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결 (공2009상, 906), 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1098, 1116, 1117 전원재판부 결정 (헌공145, 1554)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【검 사】 서경원

【변 호 인】 공익법무관 박성룡

【주문】

피고인을 징역 1년 6월 및 벌금 100만 원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.
압수된 증 제1, 2호를 몰수한다.

【이유】

피고인은 2009. 2. 17. 대구지방법원에서 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 위반으로 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받아 2009. 2. 25. 그 판결이 확정되었다.

1. 의료법 위반

안마원을 개설하려는 자는 구청장 등에게 신고하여야 함에도 불구하고, 피고인은 신고없이 2007. 10. 30.경부터 2009. 6. 16.경까지 사이에 대구 (이하 상세 주소 생략) 에서 ‘ 피고인 지압침술원’이라는 상호로 안마원을 개설하여 운영하였다.

2. 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)

영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 하여서는 아니됨에도 불구하고, 피고인은 처인 공소의 1 (같은 날 기소유예)과 공모하여, 2005. 3. 일자불상경부터 2009. 8. 31.경까지 사이에 전항 기재 ‘ 피고인 지압침술원’에서 한의사 면허없이 공소의 2 를 상대로 허리와 다리의 통증을 치료한다는 구실로 매달 1회씩 위 공소의 1 은 양손으로 전신을 주무르는 등 지압을 하고, 피고인은 허리와 다리를 주무르고, 침을 놓고 그 대가로 2만 원을 교부받은 것을 비롯하여 불특정 다수인을 상대로 1회 침을 놓아 주고 2만 원을 받는 등 한방의료행위를 업으로 하였다.

1. 피고인의 법정 진술

1. 증인 공소의 2 의 법정 진술

1. 공소의 1 에 대한 경찰 피의자신문조서

1. 공소의 1 , 2 , 3 , 4 에 대한 각 경찰 진술조서

1. 경찰 압수조서 및 압수물 총목록

1. 수사보고(안마원 개설신고필증 등 첨부, 증거기록 10-16쪽)

1. 수사보고(피고소인 피고인 면허 확인 관련)

1. 수사보고에 첨부된 현장사진 9장

1. 각 수사보고(명함, 장부사본 첨부, 증거기록 56-142쪽)

1. 판시 전과 : 범죄경력자료조회

1. 범죄사실에 대한 해당 법조

보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조 , 의료법 제27조 제1항 (무면허 한방의료행위의 점, 유기징역형 선택), 제90조 , 제33조 제3항 , 제82조 제3항 (미신고 안마원 운영의 점), 형법 제30조

1. 경합범 가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

1. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호, 제6호 (아래 양형의 이유에서 실시한 유리한 정상을 참작)

1. 노역장 유치

형법 제70조, 제69조 제2항

1. 몰수

형법 제48조 제1항 제1호

1. 피고인의 주장

가. 이 사건 공소사실은 피고인이 한의사가 아님에도 영리를 목적으로 침을 놓아 한방의료행위를 업으로 하였다는 것인데, 안마사에 관한 규칙(2008. 4. 11. 보건복지가족부령 제8호로 개정되기 전의 것) 제2조는 “안마사는 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법에 의하거나 전기기구의 사용 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술행위를 하는 것을 업무로 한다.”고 규정하고 있고, 피고인은 안마사로서 안마를 하면서 그 보조요법으로 3호 이하의 침만을 놓았다. 또한 과거 보건사회부의 유권해석상으로도 이와 같이 피고인이 안마의 보조요법으로 3호 이하의 침을 놓은 행위는 위 규칙에서 정하고 있는 “그 밖의 자극요법”에 해당하여 적법한 것이므로, 피고인의 행위는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반죄의 구성요건에 해당하지 아니한다.

나. 설령 피고인의 행위가 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 위반죄의 구성요건에 해당한다고 할지라도, ① 1988. 2. 8. 당시 보건사회부에서는 위 규칙이 정하고 있는 “그 밖의 자극요법”의 범위에 관하여 “기타의 자극요법에는 안마의 보조요법으로 교육법 제143조의 규정에 의하여 설치된 맹학교(고등부)에서 배운 자극요법(3호침 이하의 사용)을 포함하는 것으로 보아야 할 것이나 그 이외의 한방의료나 표방행위는 할 수 없음”이라는 유권해석을 한 선례가 있고, ② 피고인이 교육을 받았던 대구안마사협회 등의 교육내용에 따르더라도 안마의 보조자극요법으로 3호 이하의 침을 시술할 수 있는 것으로 되어 있으며, ③ 실제로도 피고인은 위 협회에서 교육받은 대로 3호 이하의 침을 사용하여 시술하였다.

이러한 제반 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신의 행위가 죄가 되지 아니한다고 믿었고, 그와 같이 믿은 데에 정당한 사유가 있었다고 보아야 하므로, 피고인에게서는 형법 제16조 소정의 책임조각사유가 있다.

2. 이 법원의 판단

가. 주1) 침술행위 가 안마사의 업무에 속하는지 여부

(1) 의료법상의 의료행위란 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 의미하는 것인데, 침술행위는 경우에 따라서 생리상 또는 보건위생상 위험이 있을 수 있는 행위임이 분명하므로 현행 의료법상 한의사의 의료행위(한방의료행위)에 포함된다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결, 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005도5923 판결 등 참조).

그리고 안마사에 관한 규칙(1984. 10. 15. 보건사회부령 제757호로 제정되어 2008. 4. 11. 보건복지가족부령 제8호로 개정된 것)은 제2조에서 “안마사의 업무는 안마·마사지·지압 등 각종 수기요법에 의하거나 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법으로 인체에 물리적 시술행위를 하는 것으로 한다.”라고 규정하고 있다.

그런데 위 규칙에서 정하고 있는 안마행위라 함은 “국민의 건강증진을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나 누르거나, 잡아당기거나 두드리는 등의 안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 멎쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위”로 풀이함이 상당하다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결 참조). 그러므로 안마·마사지는 그 기술이 고도의 지식과 기능을 갖지 아니한 자에 의하여 행하여지더라도 건강상의 위험을 발생할 가능성이 낮은 물리적 시술을 의미하고, “그 밖의 자극요법”은 위 안마·마사지보다 높은 수준의 전문성을 요구하거나 높은 수준의 위험을 발생시키지 않는 행위로서 안마·마사지에 의하는 것과 유사한 물리적 효과를 낼 수 있는 방법에 국한된다고 보아야 할 것이다.

따라서 안마사인 피고인이 침을 시술한 행위는 설령 3호 이하의 침만을 시술하였다고 하더라도 위 규칙에서

정한 “그 밖의 자극요법”에 포함된다고 볼 수 주2) 없다.

(2) 나아가 피고인을 비롯한 안마사들이 침술행위의 허용 근거로 들고 있는 1988. 2. 2.자 보건사회부의 유권 해석이 과연 정당한 것인지에 관하여 살펴보기로 한다.

현행 의료법 제81조 제1항 (구 의료법 제61조 제1항)이 의료법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 접골사(接骨士), 침사(鍼士), 구사(灸士, 구 : 뜸질)는 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다고 규정하는 동시에, 종래 접골사, 침사, 구사와 함께 의료유사업자로 분류되던 안마사에 관하여는 의료법 제82조 제1항 (구 의료법 제61조 제1항)에서 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사에게 자격인정을 받아야 한다고 규정하여 계속적으로 자격을 인정하면서 의료법 제88조 (구 의료법 제67조)에서 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 별도의 처벌규정을 두고 있다.

한편 접골사·침사·구사·안마사자격시험규정(1960. 11. 28. 보건사회부령 제56호로 제정되어 2008. 3. 3. 보건복지가족부령 제1호로 개정된 것)에 의하면, 침사는 중학교 이상의 학교를 졸업하였거나 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자로서 보건복지가족부장관이 지정하는 양성기관에서 침술에 관하여 3년 이상 소정의 과정을 수료한 후, ‘해부학, 생리학, 병리학, 위생학(소독법을 포함한다), 증후개론, 한방개론, 침이론, 의사법규’의 학과시험과 침술실기시험에 합격해야 그 자격을 취득할 수 있는 반면에, 안마사는 국민학교 이상의 학교를 졸업하였거나 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자로서 보건복지가족부장관이 지정하는 양성기관에서 안마술에 관하여 3년 이상 소정의 과정을 수료한 후, ‘해부학, 생리학, 병리학, 위생학(소독법을 포함한다), 증후개론, 안마이론, 의사법규’의 학과시험과 안마실기시험에 합격해야 그 자격을 취득할 수 있고(위 자격시험규정 제3조, 제5조 참조), 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙(2008. 4. 15. 보건복지가족부령 제10호로 전문 개정된 것) 제2조 제3항 에 의하면, 침사는 환자의 경혈에 침 시술행위를 하는 것을 업무로 한다고 할 것이다.

비록 정부가 종래의 침구사자격제도를 폐지하고 이를 침사와 구사로 분리하여 그 자격취득에 관한 규정을 두면서도 수십 년 동안 실제로는 자격시험을 실시한 적이 전혀 없고, 현행 의료법 제81조 의 규정에 의한 의료유사업자를 간호조무사와 안마사 자격시험만으로 운영하고 있다고 할지라도, 앞서 본 안마사의 자격취득에 관한 의료법상의 근거규정 및 침사·안마사의 자격취득요건(학력, 학과시험, 실기시험)과 업무범위에는 명백하고 현저한 차이가 있는 점 등에 비추어 보면, 의료법은 원칙적으로 침술행위를 할 수 있는 면허가 있는 의료인이나 의료법 시행 전에 자격을 받은 침사를 제외하고는 누구라도 침의 종류를 불문하고 침술을 시행할 수 없도록 정하고 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 따라서 보건사회부의 부당한 유권해석과 안마사에 관한 규칙의 독단적 해석에 근거한 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 책임조각사유(금지의 착오 등)에 해당하는지 여부

(1) 이 사건 증거들에 의하면, 보건사회부가 1988. 2. 8. 피고인의 주장과 같은 유권해석을 내린 사실(증거기록 168-169쪽)과 서울국립맹학교 등 안마술 교육기관에서 안마의 보조요법으로 3호 이하의 침 시술을 교육하고 있는 사실을 인정할 수 있으나, ① 경찰청장이 1993. 6. 29. 한국맹인침술학회 회장 공소외 5 에게 보내는 “맹인안마사 침 시술 단속 중단 및 입건사건 취하 건의에 대한 회신”(증거기록 167쪽)에 의하면, 안마사는 안마시술을 하면서 자극요법으로 침긋기 3호침 이내 침선길이 4cm 이내의 침 시술은 할 수 있다는 보건사회부 유권해석 내용과 안마사들은 대부분 시각장애인으로 취업의 어려움을 감안하여 복지차원에서 단속을 지양하도록 지시한 바 있다는 내용이 포함되어 있어 위 보건사회부의 유권해석에도 불구하고 안마사의 침 시술이 계속하여 처벌되어 왔던 것으로 보이는 점(공판기록에 편철된 ‘안마사 침 시술행위 단속 시 유의사항 하달’, ‘안마사 침 시술행위 단속 시 협조요청’ 공문 참조), ② 피고인은 남대구세무서장에게 “ 피고인 지압원”으로 사업자등록을 하였음에도 불구하고 실제 영업장소의 건물 외벽과 입구에는 “ 피고인 지압침술원”과 “지압 침술”이라는 간판을 설치하여 침술행위를 부각시키고, 그 내부벽면에는 “부분지압, 침, 치료 ₩10,000”이라고 적힌 알림판과 정부공인자격증이 아닌 한국맹인침사협회로부터 받은 침사자격증을 부착하고, 피고인의 명함에도 “ 피고인 지압침술원”, “특별치료 안내 : 침·지압·교정 등 치료해 드립니다.”는 문구를 병기하여 사용하면서 영업하였던 점(증거기록 51-57쪽, 163쪽 참조), ③ 피고인은 뚜렷한 원인을 알지 못한 채 신경통, 견갑통,

요통 등을 호소하면서 위 침술원을 찾아오는 사람들을 상대로 진맥을 하거나 안마(주로 피고인의 처가 담당)를 한 다음, 특히 통증이 심하다고 호소하는 사람들의 목과 허리 등 부위에 침을 놓아주고[일부 환자들에게는 한약업자로부터 주문 공급받은 한약을 판매하거나 사혈(瀉血)을 해주기도 하였음] 그 진료비를 받는 방식으로 영업하였는데, 대부분의 경우 안마에 이어서 침술을 시행하였을 뿐만 아니라 안마와 침술에 각 소요되는 시간도 서로 엇비슷하였던 점, ④ 피고인으로부터 ‘3-1.0호’ 주3) 침 7개(1쌍) 외에도 ‘3-1.6호’ 주4) 침 110개(11쌍, 1쌍 10개)가 압수되어 피고인이 3호를 넘는 침도 상당히 많이 시술한 것으로 보이는 점[피고인은 침술을 배우러 오는 시각장애인들에게 교육용으로 사용할 목적으로 구입하여 보관한 것이라고 주장하나, 피고인 스스로도 ‘3-1.6호’ 침의 길이(전체 7cm, 바늘부분 5cm)가 길기 때문에 손발에는 사용하지 않고 엉덩이 부위에 침을 놓을 때 사용하였음을 자인하고 있을 뿐만 아니라, 앞서 본 부정의료행위의 실태와 압수된 ‘3-1.6호’ 침의 개수가 15배 이상 많은 점에 비추어 보면 피고인의 위 주장은 도저히 인정할 수 없다] 등에 비추어 보면, 피고인이 자신의 행위가 위법하지 않다고 오인한 것에 관하여 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

(2) 따라서 피고인의 행위가 형법 제16조 의 금지의 착오에 해당하거나 사회적 비난가능성(기대가능성)이 없어 책임조각사유에 해당한다는 피고인의 주장도 이유 없다.

피고인이 안마시술소를 운영하면서 성매매 알선의 범행을 저질러 판시 첫머리의 기재와 같이 집행유예를 선고받아 그 유예기간 중에 있음에도 이 사건 범행을 저질렀고, 이 사건 범행에 대한 법정형이 최저 유기징역 2년 이상인 점, 피고인이 적법한 자격을 취득한 침사인 것처럼 안마보다는 침술행위를 주업으로 영업하여 온 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자 공소의 2 를 장기간 진료하여 오면서도 그 증상의 변화 등에 대하여 주도면밀하게 관찰하지 못하고 오히려 부적절한 치료행위를 함으로써 심각한 후유장애를 초래한 점, 피고인의 영업실태와 영업기간에 비추어 상당한 범행이익을 취득하였을 것으로 보이는 점 등을 고려하면 피고인에게 실형을 선고하지 않을 수 없다.

다만, 피고인이 보건사회부의 잘못된 유권해석과 대구안마사협회의 교육내용 등을 그대로 믿은 나머지 안마사도 일정한 범위 내에서 침술행위를 할 수 있는 것으로 알고서 한국맹인침사협회로부터 침술(물리요법 포함)교육까지 받고 침술행위를 하여 왔던 점, 정부가 취업이 어려운 시각장애인의 복지를 지나치게 의식한 나머지 안마사의 업무범위와 그 위반행위 단속에 대하여 분명한 입장을 취하지 아니한 것이 이 사건 범행의 원인(遠因)이 되었던 것으로 보이는 점, 피고인이 1급 시각장애인으로서 청각장애인인 처와 함께 생활하고 있는 점, 피해자 공소의 2 에게도 상당한 잘못이 있는 점 등을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

판사 한재봉

주1) 사전적 의미에서 침술이란 가늘고 예민한 바늘(또는 유사도구)로 인체의 일정한 부위에 자극을 주어 인체의 기혈(생체에너지)을 조절하고 질병을 치료하는 기술을 말하는데, 이 사건에서는 한의사가 통상적으로 시술하는 형태인 침을 인체의 특정부위에 꽂아 돌리거나 꽂은 상태로 일정한 시간 동안 두었다가(이를 한의학에서는 ‘유침’이라 함) 빼는 것을 의미한다.

주2) 다만, 단순히 표피정도에 침으로 콧속 자극을 주는 것에 그치는 것이라면 “그 밖의 자극요법”에 포함된다고 볼 여지는 있을 것이다. 물리치료사의 업무범위에 관한 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2014 판결 참조

주3) 침의 전체길이가 약 5cm인데, 침병(鍼柄, 손잡이)길이가 2cm이고, 침첨(鍼尖, 뾰족한 끝부분)과 침체(침관)길이가 3cm이다.

주4) 침의 전체길이가 약 7cm인데, 침병길이가 2cm이고, 침첨과 침체(침관)길이가 5cm이다.