

대법원 2009.5.14.선고 2007도5531 판결

【의료법위반·보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [공2009상,906]

【판시사항】

- [1] 구 의료법 제61조 에서 말하는 ‘안마’의 의미 및 그 범위가 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 한정되는지 여부(소극)
- [2] 구 의료법 제67조 에 정한 ‘영리 목적’의 의미 및 안마행위자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영주체와 일치해야 하는지 여부(소극)
- [3] 구 안마사에 관한 규칙 제3조 에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있다고 하여, 자격인정 없이 안마를 한 행위 자체가 죄가 되지 않는 행위에 해당하는지 여부(소극)
- [4] 구 의료법 제25조 의 규정 목적 및 의료행위 내용을 판단하는 방법
- [5] 약사로서 한약조제자격을 취득하였을 뿐 한의사가 아닌 자가 진단행위를 한 후 한약을 조제·판매한 사안에서, 위 행위는 ‘영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방 의료행위를 업으로 한 때’에 해당하여 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반죄가 성립한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제61조 에 규정된 ‘안마’는 ‘국민의 건강 증진을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나 누르거나 잡아당기거나 두드리거나 하는 등의 안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용 그 밖의 자극 요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여, 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 멎쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위’라고 풀이하여야 한다. 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위만으로 한정되지 않는다.
- [2] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제67조 에 정한 ‘영리 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 안마행위를 하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영주체와 일치하여야 할 필요는 없다.
- [3] 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 사람을 ‘앞을 보지 못하는 사람’에 한정하는 구 안마사에 관한 규칙(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 에 대하여 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2003헌마715 등 결정)이 있다고 하여, 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자를 처벌하는 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제67조 , 제61조 가 위헌이라거나 자격이 없는 사람의 안마행위가 위법하지 않게 되는 것은 아니므로, 그 동안 자격인정 없이 안마를 한 행위 자체가 죄가 되지 않는 행위에 해당한다고 볼 수 없다.
- [4] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제25조 의 규정에 의하면 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 하지 못하게 되어 있다. 여기서 의료행위란 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것으로서, 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 하는 것을 말하고, 의료인의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는

일반공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의료인이 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하면서 의료행위를 의료인에게만 독점허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의료인 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상의 위험을 방지하고 있다. 그러나 의료행위의 내용에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없고, 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서, 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하도록 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위의 내용을 판단하여야 한다.

[5] 약사로서 한약조제자격을 취득하였을 뿐 한의사가 아닌 자가 환자들의 맥을 짚어보고 구체적인 증상을 물어보는 등의 방법으로 진단행위를 한 후 한약을 조제·판매한 사안에서, 위 행위는 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제4102호로 개정되기 전의 것) 제5조 에서 정한 ‘영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 때’에 해당하므로, 구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되기 전의 것) 제38조 의 처벌규정이 신설되었다 하더라도, 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반으로 처벌되는 것을 피할 수는 없다고 한 사례.

【참조조문】

[1] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 (현행 제82조 제1항 참조), 제67조 (현행 제88조 참조), 구 안마사에 관한 규칙(2008. 3. 3. 보건복지부령 제1호로 일부 개정되기 전의 것) 제2조 / [2] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제67조 (현행 제88조 참조) / [3] 구 안마사에 관한 규칙(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정되기 전의 것) 제3조 , 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 (현행 제82조 제1항 참조), 제67조 (현행 제88조 참조), 제70조 (현행 제91조 참조) / [4] 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 (현행 제27조 참조) / [5] 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되기 전의 것) 제5조 , 구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되기 전의 것) 제38조 , 제76조 제1항 , 구 약사법 시행규칙(2008. 1. 15. 보건복지부령 제434호로 전문 개정되기 전의 것) 제57조 제1항 제15호 , 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 (현행 제27조 참조)

【참조판례】

[1] 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도1568 판결 (공2001하, 1562), 대법원 2004. 1. 27. 선고 2000도2977 판결 (공2004상, 409), 대법원 2004. 1. 27. 선고 2000도4553 판결 , 대법원 2004. 2. 13. 선고 2002도3518 판결 / [3] 대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도355 판결 / [4] 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 (공2004하, 1989), 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결 , 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결 (공2007하, 1206) / [5] 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 (공1999상, 818), 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 (공2003하, 2042)

【전문】

【피 고 인】 피고인 1외 2인

【상 고 인】 피고인들

【변 호 인】 변호사 정희찬

【대상판결】

【원심판결】 의정부지법 2007. 6. 15. 선고 2006노1642 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 의료법 위반의 점에 대한 상고이유에 관하여

가. 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 의료법’이라 한다) 제61조는 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 하고(제1항), 자격인정을 받은 안마사는 제25조의 규정에 불구하고 안마업무에 종사할 수 있으며(제2항), 안마사의 자격인정 등은 보건복지부령으로 정한다고(제4항) 규정하고 있고, 제67조는 제61조 제1항 의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자를 처벌대상으로 규정하고 있는바, 구 안마사에 관한 규칙(2008. 3. 3. 보건복지부령 제1호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 안마사에 관한 규칙’이라 한다) 제2조에 정하여진 안마사의 업무한계, 안마의 시술기원, 시술원리, 시술방법, 시술수단, 의료법의 입법 목적 등에 비추어 보면, 구 의료법 제61조에 규정된 안마는 ‘국민의 건강증진을 목적으로 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나, 누르거나, 잡아당기거나, 두드리거나 하는 등의 안마·마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 뭉쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위’라고 풀이하여야 하므로 (대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도1568 판결, 대법원 2004. 1. 27. 선고 2000도4553 판결 등 참조), 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위만으로 한정되지 않는다 (대법원 2004. 2. 13. 선고 2002도3518 판결 참조).

또한, 구 의료법 제67조 소정의 ‘영리 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 안마행위를 하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다.

한편, 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 사람을 ‘앞을 보지 못하는 사람’에 한정하는 구 안마사에 관한 규칙 제3조에 대하여 헌법재판소의 위헌결정 (헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2003헌마715 등 결정) 이 있다고 하여, 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자를 처벌하는 구 의료법 제67조, 제61조가 위헌이라거나 자격이 없는 사람의 안마행위가 위법하지 않게 되는 것은 아니며, 또한 자격인정을 받지 아니한 피고인 2, 3에게 구 의료법 제61조 소정의 안마사가 되기 위한 시·도지사의 자격인정이 주어지는 것도 아니므로, 그 동안 자격인정 없이 안마를 한 행위 자체가 죄가 되지 않는 행위에 해당한다고 볼 수 없다 (대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도355 판결 참조).

원심이 유지한 제1심판결이 채용한 증거들을 위 법리들 및 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 1은 ○○○○국 건물 1층에서 내원한 환자들에게 한약을 조제해 주면서 3층에서 활기도기공맞사지 치료를 받고 갈 것을 권유하고, 피고인 1의 종업원으로서 안마사 자격인정을 받지 아니한 피고인 2, 3은 3층에서 피고인 1의 안내로 올라온 환자들을 침대에 엎드리게 한 다음 손바닥으로 어깨, 등, 목 등의 환부를 문지르고, 손가락을 이용

해 뼈와 뼈사이를 누르면서 지압을 하거나, 팔꿈치, 무릎, 다리를 이용하여 전신을 폼다 오므렸다가 하는 등의 방법으로 물리적 시술을 한 사실, 피고인 2, 3의 무료 활기도기공맞사지 시술은 ○○○○국의 매출 증진이라는 영리와 직접적으로 결부되어 있었던 사실을 인정한 다음, 피고인들의 이러한 행위가 구 의료법 제67조, 제61조 제1항, 제70조에 위반되어 처벌대상이 된다고 판단하였는바, 이러한 원심의 조치는 옳고, 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고, 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2005도160 판결 참조).

피고인 1이 1995. 1. 27. 국민체육진흥법 시행령 제24조의 규정에 의해 활기도 3급의 생활체육지도자자격증을 받았고, 활기도의 업무범위와 제한에 관한 규정이 없으며, 피고인 2, 3이 피고인 1의 지도를 받아 위와 같은 행위에 이르렀고 그 댓가를 별도로 지급받지 아니하여, 피고인들이 위와 같은 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 오인하고 있었다 하더라도, 피고인들이 들고 있는 위와 같은 사정만으로 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

2. 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반의 점에 대한 상고이유에 관하여

구 의료법 제25조의 규정에 의하면 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 하지 못하게 되어 있고, 의료행위란 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것으로서 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 하는 것인 바, 의료인의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의료인이 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하면서, 의료행위를 의료인에게만 독점허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의료인 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있다. 그러나 의료행위의 내용에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없고, 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서, 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하도록 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 한다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결 등 참조). 또한, 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 보건범죄단속에 관한 특별조치법’이라 한다) 제5조 소정의 ‘영리의 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 무면허 의료행위를 행하는 자가 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결, 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 등 참조).

원심이 유지한 제1심판결이 채용한 증거들을 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 약사로서 한약조제자격을 취득하였을 뿐 한의사가 아닌 피고인 1이 ○○○○국을 내원한 환자들의 맥을 짚어보고 구체적인 증상을 물어보는 등의 방법으로 병이나 증상을 진찰하는 진단행위를 한 후 한약을 조제·판매한 사실을 인정하고, 피고인 1의 위와 같은 행위는 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조에서 정한 영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 때에 해당한다고 판단한 원심의 조치는 정당하고, 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 법리오해 등의 위법이 없다.

피고인 1이 상고이유에서 지적하고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안을 달리하여 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 약사법’이라 한다) 제38조는 약국개설자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지에 필요한 사항을 준수하여야 한다고 규정하고, 제76조 제1항은 제38조의 규정에 위반한 자를 처벌대상으로 규정하고 있으며, 의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지를 위하여 약국개설자가 준수하여야 할 사항의 하나로, 진단을 하고 그에 따라 일반의약품을 판매하는 행위, 특정 질병의 전문약국임을 환자에게 알리고 환자에 대하여 진단을 목적

으로 한 건강상담을 통하여 일반의약품을 판매하는 행위, 진단을 목적으로 환부를 들여다보거나, 만지거나, 기계·기구 등을 이용하여 환자의 상태를 살피는 행위를 통하여 일반의약품을 판매하는 행위를 하지 아니할 것을 규정하는 구 약사법 시행규칙(2008. 1. 15. 보건복지부령 제434호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 약사법 시행규칙’이라 한다) 제57조 제1항 제15호 가 2002. 1. 12. 신설되었다 하더라도 피고인의 앞서 든 행위가 구 의료법 제25조 제1항 에 의해 금지되던 ‘한의사 아닌 자의 한방의료행위’에 해당하는 이상 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반으로 처벌되는 것을 피할 수는 없고 ‘한약사 내지 약사로서 한약조제자격을 취득한 자의 한방의료행위’로서 약사법 제38조 위반행위에 해당할 뿐이라는 피고인 1 의 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

3. 양형부당의 점에 관하여

피고인들에 대하여 징역 10년 보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에 있어서 형의 양정이 부당하다는 사유는 적법한 상고이유가 되지 않는다.

4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 김영란(주심) 이홍훈 차한성