

# 대법원 2010.5.27.선고 2006도9083 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)·약사법위반·의료법위반】, [공2010하.1300]

## 【판시사항】

- [1] 암환자 등을 상대로 통증부위 등에 홍화기름을 바른 후 물소뿔 등으로 피부를 문지르는 괄사요법 유사의 시술행위가 구 의료법 제25조 의 '의료행위'에 해당한다고 한 사례
- [2] 의료광고가 의료법상의 '허위 또는 과대광고'로서 금지되는 경우
- [3] 약침의 효력으로 암의 독이 고름으로 빠져 나온다는 소위 '고름광고'를 한의원의 인터넷 홈페이지에 게재한 행위가, 구 의료법 제46조 제1항 의 '과대광고'에 해당하지 않는다고 한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

## 【판결요지】

- [1] 암환자 등을 상대로 통증부위 및 경락부위 등에 홍화기름을 바른 후 물소뿔이나 옥돌 등의 기구로 피부를 문지르는 괄사요법 유사의 시술행위는, 인체의 경혈, 경락, 경피 및 경근에 관한 전문적인 지식 없이 부적절하게 실시할 경우 환자에게 통증과 상처를 남기는 등의 위해가 야기될 수 있으며, 특정한 기구를 사용하여 환자의 통증부위나 경락부위를 집중적으로 긁으면 그 부위의 피부가 약간 붉게 변색되는 경우도 있고, 이를 부적절하게 지속적으로 시행할 경우 위해의 발생이 충분히 예견된다는 점 등을 종합하면, 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제25조 의 '의료행위'에 해당한다고 한 사례.
- [2] 의료광고가 객관적인 사실에 기인한 것으로서 의료소비자에게 해당 의료인의 의료기술이나 진료방법을 과장 없이 알려주는 것이라면, 이는 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고, 의료인들 사이에 공정한 경쟁을 촉진시켜 공익을 증진시킬 수 있으므로 허용되어야 할 것이지만, 의료행위가 사람의 생명·신체에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 것임에 비추어 객관적 사실이 아니거나 근거가 없는, 또는 현대의학상 안전성 및 유효성이 과학적으로 검증되지 않은 내용을 기재하여 의료서비스 소비자에게 막연하거나 헛된 의학적 기대를 갖게하는 광고는 허위 또는 과대광고로서 금지되어야 한다.
- [3] 약침의 효력으로 암의 독이 고름으로 빠져 나온다는 소위 '고름광고'를 한의원의 인터넷 홈페이지에 게재한 행위는, 일정 신체 부위에 집중적으로 주사와 쑥뜸을 반복함으로써 당해 부위에 화상을 입혀 상처를 나게하고 그곳에 고약을 바르면 고름이 나오는 것은 당연한 현상이므로 실제와 달리 과장하여 표현한 '과대광고'에 해당함에도, 이를 무죄로 인정한 원심판단에 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항 의 '과대광고'에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

#### 【참조조문】

[1] 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 (현행 제27조 제1항 참조). 제



66조 제3호 (현행 제87조 제1항 제2호 참조), 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제8366 호로 개정되기 전의 것) 제5조 / [2] 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항 (현행 제56조 제3항 참조), 제67조 (현행 제89조 참조) / [3] 구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항 (현행 제56조 제3항 참조), 제67조 (현행 제89조 참조)

## 【참조판례】

[1] 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 (공1999상, 818), 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 (공2004하, 1989), 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결 (공2009상, 906) / [2] 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결 (공2009상, 387)

### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인 위너스 담당변호사 이마리

#### 【대상판결】

【원심판결】 서울중앙지법 2006. 11. 23. 선고 2006노681 판결

## 【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부로 환송한다.

### [이유]

- 1. 검사의 상고이유에 대한 판단
- 가. 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자) 부분

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( 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 참조).

원심은 그가 채택한 증거를 종합하여, 피고인에게 고용된 공소외 1 이 피고인의 한의원을 찾아온 암환자나 신부전증환자들을 상대로 통증부위 및 경락부위 등에 홍화기름을 바른 후 물소뿔이나 옥돌 등의 기구로 피부를 문지르는 시술행위(이하 '이 사건 시술행위'라 한다)를 한 사실, 피고인의 한의원을 찾아온 환자들은 진료를 받기 위하여 피고인의 한의원을 찾아올 때 뿐만 아니라 수시로 이 사건 시술행위만을 받기 위하여 피고인의한의원을 찾아오기도 하였고 그 시술의 대가로 1회당 2만 원 내지 3만 원을 지급한 사실을 인정한 다음, 위공소외 1 의 이 사건 시술행위가 의료법 제25조 소정의 '의료행위'에 해당하는지에 관하여, 대한한의학회는위 시술행위를 한국한의표준의료행위 분류상 코드번호 3201.55의 괄사요법, 3102.00의 지침술, 4505.05의



마사지법, 4510.25의 마찰요법들에 속하는 포괄적 한방의료행위로 볼 수 있다는 의견을 개진하고 있으나, 한 의외치체형학회에서는 한국한의표준의료행위에 속하는 괄사술에 해당하기 위하여는 괄사도구를 사용하고 경락 의 유주에 따른 기술이 필요한데, 이 사건 시술행위는 경락의 유주에 따른 전문적인 기술이 결여되어 위 괄사 술과 같은 것이라고 볼 수 없다는 의견을 개진하고 있는 점, 환자들이 이 사건 시술행위를 받은 경우 피부가 약간 붉게 되기는 하지만 그 흔적이 곧 사라지고 달리 상처를 남기거나 통증을 동반하지는 않았던 점, 이 사 건 시술행위는 전래적으로 내려오는 민간요법에서 유래한 것으로 그 시술에 물리적 요소가 가미되기는 하지만 위와 같은 이 사건 시술행위의 내용에 비추어 사람의 생명·신체나 일반공중의 위생에 위험을 야기한다고 보기 는 어려운 점, 이 사건 시술행위에 사용된 기구가 신체에 위해를 줄 만한 특별한 기구라고 보이지는 않는 점, 피고인은 자신의 한의원을 찾아오는 환자들을 상대로 탕약치료·약침치료 및 뜸치료를 하면서 부수적으로 이 사건 시술행위를 병행하게 한 점, 공소외 1 은 이 사건 시술행위를 하면서 환자들을 문진하거나 촉진한 바 없 고 모든 환자들을 상대로 동일한 방법으로 시술한 점, 피고인도 이 사건 시술행위가 환자의 통증완화에 도움 이 되지만 그 자체로 치료효과는 없다고 진술하고 있는 점 등과 같은 사정을 고려하여 볼 때, 이 사건 시술행 위가 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 단정하기 어렵고, 비록 피고인 의 한의원을 찾아오는 환자들 중 일부가 이 사건 시술행위가 치료행위의 일환으로 시술되는 것으로 착각하였 고, 그 착각이 피고인이나 공소외 1 에 의하여 유발된 면이 있다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 시술행위 가 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위라고 보기는 어렵다는 이유로 의료행위에 해당하지 않는다고 판 단하였다.

그러나 원심의 위 판단은 수긍하기 어렵다.

먼저 원심 판시에 의하더라도 공소외 1 은 병약한 환자들을 상대로 통증부위 및 경락부위 등에 홍화기름을 바른 후 물소뿔이나 옥돌 등의 기구로 피부를 문지르는 시술행위를 하였다는 것으로서, 그러한 시술행위는 한 국한의표준의료행위 분류상 코드번호 3201.55의 괄사요법, 3102.00의 지침술, 4505.05의 마사지법, 4510.25 의 마찰요법들에 속하는 포괄적 한방 의료행위에 속한다는 대한한의학회의 회신이 있을 뿐 아니라, 그 회신에 의하면 이와 같은 시술행위를 인체의 경혈, 경락, 경피 및 경근에 관한 전문적인 지식 없이 부적절하게 실시 할 경우 환자에게 통증과 상처를 남기는 등의 위해가 야기될 수 있다는 것인데(공판기록 제94쪽). 위 공소외 1 은 특정한 기구를 사용하여 환자의 통증부위나 경락부위를 집중적으로 긁어 그 부위의 피부가 약간 붉게 변색되는 경우도 있었다는 것이니 이를 부적절하게 지속적으로 시행할 경우 위 회신이 지적하는 위해의 발생 이 충분히 예견되는 시술행위로 보일 뿐 아니라 그 대상이 면역력이나 신체기능이 떨어진 환자들임을 감안하 면 그러한 위해의 우려는 더욱 크다 할 것이어서, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때 공소외 1 의 이 사건 시술 행위는 의료행위에 속한다고 봄이 상당하다 할 것이다. 원심은 한국한의표준의료행위에 속하는 괄사술에 해당 하기 위해서는 괄사도구를 사용하고 경락의 유주에 따른 기술이 필요한데, 이 사건 시술행위는 경락의 유주에 따른 전문적인 기술이 결여되어 위 괄사술과 같은 것이라고 볼 수 없다는 한의외치체형학회의 의견을 그 판단 의 한 근거로 삼고 있으나, 이 사건 시술행위가 정통적 괄사요법으로서의 수준에 미달한다 하여 위해의 우려 가 없다고 볼 수는 없고(오히려 전문지식이 없는 미숙한 기술에 의한 시술이 더 큰 위해를 가져올 위험이 있 다), 그 밖에 원심이 드는 사정은 이 사건 시술행위가 보건위생상 위해가 생길 우려가 없다는 근거로 삼기에 매우 부족하다. 따라서 이 사건 시술행위가 의료행위에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단에는 의료행위에 관 한 법리를 오해한 위법이 있어 이 점을 지적하는 상고논지는 이유 있다.

나. 일부 과대광고에 따른 구 의료법 위반 부분

구 의료법(2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 의료법'이라 한다) 제46조 제1항 은 "의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고를 하지 못한다."고 규정하고 있는바, 여기서 '허위 또는 과대한 광고'라 함은 진실이 아니거나 실제보다 지나치게 부풀려진 내용을 담고 있어 의료지식이 부족한 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고를 의미한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결 참조).

원심은 피고인의 인터넷 홈페이지에 게재된 광고로서, "약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원 이다"(이하 '약침광고'라 한다), "우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다..., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암



의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것이라는 게 원장의 설명"(이하 '고름광고'라 한다)이라는 내용에 대해, ○○한의원 에서 약침요법이라는 치료법으로 암환자들을 치료한 이상 그 치료효과에 관계없이 약침광고가 과대광고라 볼 수 없고, 고름광고에 대해서도, 검사 제출의 증거만으로는 그 내용이 실제와 달리 과장하여 표현한 것이라 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄로 판단하였다.

의료광고가 객관적인 사실에 기인한 것으로서 의료소비자에게 해당 의료인의 의료기술이나 진료방법을 과장 없이 알려주는 것이라면, 이는 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고, 의료인들 사이에 공정한 경쟁을 촉진시켜 공익을 증진시킬 수 있으므로 허용되어야 할 것이지만, 의료행위가 사람의 생명·신체에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 것임에 비추어 객관적 사실이 아니거나 근거가 없는, 또는 현대의학상 안전성 및 유효성이 과학적으로 검증되지 않은 내용을 기재하여 의료서비스 소비자에게 막연하거나 헛된 의학적 기대를 갖게 하는 광고는 허위 또는 과대광고로서 금지되어야 한다.

이러한 법리에 비추어 살펴보면, 우선 이 사건 약침광고는 피고인이 실제로 자신 운영의 ○○한의원 에 내원 하는 환자들을 상대로 약침요법을 사용하여 치료한 사실이 있으므로 위 약침광고 문구는 사실의 적시에 불과하고, 그것이 사실이 아니라거나 내용이 부풀려진 것이라고 보기 어려워 원심의 위와 같은 판단에 과대광고에 대한 법리오해의 위법이 있다고는 할 수 없다.

그러나 한편, 이 사건 고름광고와 관련하여서는 현대의학의 기준에서 보면, 암환자가 아닌 일반인의 경우에도 일정 신체 부위에 집중적으로 주사와 쑥뜸을 반복함으로써 당해 부위에 화상을 입혀 상처를 나게 하고 그곳에 고약을 바르면 고름이 나오는 것은 당연한 현상이고, 이러한 증상이 피고인의 시술로 인하여 그 치료 효과로서 나타나는 특별한 현상이라고 보기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 원심은 검사가 제출한 증거로는 이 사건 고름광고가 실제와 달리 과장하여 표현한 것이라 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄로 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 과대광고에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

#### 2. 피고인의 상고이유에 대한 판단

약사법 제21조 제1항 에서 말하는 '조제'라고 함은 일정한 처방에 따라 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나한 가지의 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나예방하는 것 등을 목적으로 사용되도록 약제를 만드는 것을 말하는 것으로서, 한약을 혼합하여 특정인의 특정된 질병에 대한 약제를 만드는 것도 일반적으로는 위와 같은 조제의 개념에 포함된다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2348 판결 참조).

그런데 원심은 공소외 2 가 피고인이 작성한 처방전을 복사하여 그에 따라 피고인의 집에서 한약재를 저울에 달아 계량한 뒤 이를 혼합하여 약탕기로 끓이고 그 약을 진공 포장한 행위는 피고인이 작성한 처방전에 따라 두 가지 이상의 의약품을 배합하는 방법으로 피고인의 한의원을 방문한 환자들의 약재를 만든 것으로서 약사법에서 정한 조제라고 봄이 상당하다고 하였는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 의약품의 조제행위에 대한 법리오해의 위법이 있다고는 볼 수 없다.

그리고 '한약'이라 함은 동물, 식물 또는 광물에서 채취된 것으로서 주로 원형대로 건조, 절단 또는 정제된 생약을 말하는 것인바, 의약품인 한약에 해당되는지 여부는 그 물의 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭 및표시된 사용 목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여, 사회 일반인이 볼 때 농산물이나 식품 등으로 인식되는 것을 제외하고 그것이 사람이나 동물의 질병 진단, 치료, 경감, 처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 것으로 인식되고 혹은 약효가 있다고 표방된 경우에는 이를 약사법의 규제대상인 의약품에 해당된다고 할 것인바(대법원 2007. 2. 9. 선고 2006도7109 판결 참조), 공소외 2 가 달인 이 사건 탕약의 목적은 피고인이 진료한 환자의 질병을 치료하기 위한 것이었으므로 이는 약사법의 규제대상인 의약품에 해당한다고 할 것이다. 이 부분 피고인의 상고는 이유 없다.

### 3. 파기의 범위

이상에서 본 바와 같이 이 사건 공소사실 중 피고인이 무면허의료업자인 공소외 1 과 공모하여 영리를 목적으로 이 사건 시술행위와 같은 의료행위를 업으로 하였다는 구 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반(부정의료업자)의 점과 피고인 운영의 강남○○한의원 에서 인터넷 홈페이지에 고름에 관한 내용을 게재하여 의료업무에 관한 과대한 광고를 하였다는 구 의료법 위반의 점은 충분히 유죄로 인정될 수 있음에도 불구하고, 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단한 잘못이 있는바, 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 약사법 위반의



범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 경우이므로, 결국 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

### 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장) 양승태(주심) 김지형 양창수