

대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)(인정된 죄명 : 의료법위반)】 , [공2003.2.15.(172),555]

【판시사항】

- [1] 형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 의미 및 정당행위의 성립 요건
- [2] 무면허 의료행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 인정되기 위한 요건
- [3] 외국에서 침구사자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우, 사회상규에 위배되지 아니하는 무면허의료행위로 인정될 수 없다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.
- [2] 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조 의 무면허 의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조 에 의하여 처벌되어야 하는 것이며, 그 침술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다 할 것이고, 다만 개별적인 경우에 그 침술행위의 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 조각된다.
- [3] 외국에서 침구사자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우, 사회상규에 위배되지 아니하는 무면허의료행위로 인정될 수 없다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형법 제20조 / [2] 형법 제20조 , 의료법 제25조 제1항 , 제66조 제3호 / [3] 형법 제20조 , 의료법 제25조 제1항 , 제66조 제3호

【참조판례】

[1][2] 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결 (공2000상, 1345) / [1] 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도 1764 판결 (공1986, 3159), 대법원 1994. 4. 15. 선고 93도2899 판결 (공1994하, 1555), 대법원 1997. 11. 14. 선고 97도2118 판결 (공1997하, 3914), 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결 (공1999상, 405), 대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4273 판결 (공2000상, 997), 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 (공2001상, 813)

【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 피고인

【변호인】 변호사 김규복(국선)

【대상판결】

【원심판결】 대구지법 2002. 8. 30. 선고 2001노3888 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

1. 채증법칙 위배, 사실오인 주장에 대하여

원심이 인용한 제1심판결이 채용한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 공소의 1 에게 황귀, 진피 등을 섞은 한약을 조제하여 주어 한방의료행위를 한 사실을 인정할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙 위배로 사실을 오인한 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들이지 아니한다.

2. 사회상규에 반하지 아니하여 위법성이 조각된다는 주장에 대하여

형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 할 것이고 (대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결 등 참조), 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조에 의하여 처벌되어야 하는 것이며, 그 침술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지

아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다 할 것이고, 다만 개별적인 경우에 그 침술행위의 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 조각된다고 할 것이다 (대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 비록 피고인이 인도네시아 등 외국에서 침구사자격을 취득한 사실은 인정되나, 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지는 못한 사실, 이러한 피고인이 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 환자 공소의 2 의 허리 부위, 환자 공소의 3 의 다리 부위에도 체침을 시술한 사실, 환자 공소의 1 은 나이가 많은 노인으로서 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성이 높아 보이는 사실 등을 인정할 수 있는바, 그렇다면 이러한 피고인의 침술행위는 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 위법성이 조각되지 아니한다 할 것이다. 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

3. 결 론

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

대법관 송진훈(재판장) 변재승 윤재식(주심) 이규홍