

대법원 2012도9992

보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자) 등 사건 보도자료

대법원 공보관실(02-3480-1451)

대법원(주심 대법관 이기택)은 2017. 8. 18. 「보건범죄 단속에 관한 특별조치법」 위반 등으로 징역형의 집행유예 및 벌금형을 각 선고받은 피고인 구당 김남수 등에 대한 상고심 사건에서 피고인들의 상고를 모두 기각해 원심을 확정하는 내용의 판결을 선고하였음(대법원 2017. 8. 18. 선고 2012도9992 판결)

1. 사안의 내용

가. 쟁점 공소사실 요지¹⁾

- 피고인 김남수는 서울특별시로부터 침사자격증을 취득한 사람으로, '뜸사랑통침뜸연구원(이하 '뜸사랑연구원'이라 함)'의 대표이고, 피고인 김○○은 위 뜼사랑연구원의 부회장, 피고인 조○○은 위 뜼사랑연구원의 사무처장임
- 피고인들은 2000. 7. 1.경부터 2010. 12. 31.경까지 뜼사랑연구원의 서울본부, 광주지부 등에서 불특정 다수의 수강생을 상대로, 기본과정 3개월, 본과정 3개월, 전문과정 6개월로 구성된 정통 침뜸 정규과정을 강의하면서 강사 목○○ 등 강사들이 직접 자신들의 신체에 시연을 해 보이거나, 수강생들이 강의 내용에 따라 제대로 경혈을 하는지 옆에서 지시·감독하거나, 수강생들로 하여금 서로 조를 이루어 뜼사랑연구원에서 사용하는 침과 뜸

1) 피고인 김남수에 대한 공소사실 중 피고인 김남수가 다투고 있지 않은 자격기본법 위반의 점은 기재를 생략함

을 이용하여 자신 또는 상대방의 신체 부위에 땀을 놓거나 침을 짜르게 하는 실습교육을 하였음

- 또한, 전문과정 수강생들은 각 지부 봉사실을 찾아오는 65세 이상 고령의 환자 등을 대상으로 경혈에 수십 개의 땀과 침을 놓게 하는 등 임상실습 과정을 거치게 하는 방법으로 침뜸 교육을 한 후, 수강생 1인당 교육비 명목으로 기본과정 55만 원, 본과정 65만 원, 전문과정 120만 원을 지급 받는 등 수강료 명목으로 합계 143억 원 상당을 교부받았음
- 이로써 피고인들은 강사 목OO 등과 공모하여, 영리를 목적으로 무면허 한방의료행위를 업으로 하였음

나. 사실심의 판단

■ 제1심 : 모두 유죄

- [피고인 김남수] 징역 2년에 집행유예 3년 및 벌금 800만 원
- [피고인 김○○, 조○○] 각 징역 1년에 집행유예 2년 및 벌금 300만 원

■ 항소심 : 피고인들 항소 모두 기각

2. 주된 쟁점 및 원심의 판단 내용

가. 사건의 주된 쟁점

■ 관련 규정

- 보건범죄단속법 제5조 제3호는 '영리를 목적'으로 무면허 한방의료행위를 업으로 한 행위를 처벌하고 있음

■ 쟁점

- ① 강사의 지시·감독 하에 실습 교육과정에서 이루어진 면허 없는 수강생의 시술행위가 강사의 무면허 의료행위에 해당하는지 여부

- ② 무면허 의료행위 자체를 통하여 이익을 얻는 경우만이 아니라 무면허 의료행위와 관련하여 이익을 취득한 경우에도 '영리 목적'을 인정할 것인지 여부
- ③ 위 무면허 의료행위가 정당행위에 해당하는지 여부

나. 원심의 판단 내용

- ① 실습 교육과정에서 이루어진 수강생의 침뜸 시술행위는 그 시술행위를 하는데 필요한 지식의 정도, 성격과 목적, 대상자, 이에 대한 피고인들의 지시·감독 및 뜸사랑연구원의 운영기간과 규모 등에 비추어 의료행위에 해당함
- ② 피고인들이 수강생들로부터 위와 같은 시술행위와 관련하여 수강료 내지 강사료 등을 받은 이상 그 영리성도 인정됨
- ③ 피고인 김남수의 교육에 따라 피고인 김○○, 조○○이 한의사 면허나 그에 상응하는 자격 없이 영리를 목적으로 위와 같은 시술행위를 하거나 수강생들로 하여금 시술행위를 하도록 지시·감독한 행위가 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 정당행위에 해당한다고 볼 수도 없음

3. 대법원의 판단

- 대법원은 아래와 같은 법리에 비추어 보면, 이러한 원심 판단에 상고 이유 주장과 같은 유추해석금지의 원칙, 보건범죄단속법 제5조에서 정한 '영리의 목적', 형법 제20조의 정당행위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 판단함
- 의료행위란 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 의미하고(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도

3405 판결 등 참조), 보건범죄단속법 제5조에서 정한 '영리의 목적'이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 무면허 의료 행위를 행하는 사람이 반드시 그 경제적 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 등 참조).

- 형법 제20조에서 정한 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'란 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(대법원 2000. 12. 26. 선고 2002도5077 판결 등 참조).

4. 판결의 의의

- ▣ 기존 대법원 판례 법리 및 기존 유사 선례의 태도에 비추어, 보건범죄단속법 제5조상 '영리의 목적'이 없었다거나 정당행위에 해당한다는 등의 피고인들의 상고이유 주장을 배척하고, 원심의 유죄 판단을 수긍하는 취지의 판결임
- 보건범죄단속법 제5조에서 정한 '영리의 목적'의 인정 범위를 폭넓게 이해하고 있는 판례의 태도를 재확인함
- ▣ 참고: 대법원 2014두42179 판결(주심 대법관 이기택)과 비교
- 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014두42179 판결은 한국정통침구학회(대표자 김남수)가 서울특별시동부교육지원청교육장을 상대로 '시민사회단체 부설 평생교육시설신고' 반려처분의 취소를 구한 사건에서, 위 반려처

분이 위법하다고 보아 파기환송한 판결임

- 대법원 2014두42179 판결은 행정청이 설립신고 반려처분을 통해 평생 교육원 설립신고 단계에서 위법행위가 있을지 모른다는 막연한 우려만으로 침·뜸에 대한 교육과 학습의 기회 제공을 일률적·전면적으로 사전에 차단해서는 안 된다는 취지이었음 ➡ 신고 수리 후 실제 이루어질 침·뜸 교육과정이 항상 적법하다거나, 그러한 교육과정에서 무면허 의료행위 등의 금지된 행위가 이루어지더라도 형사상 처벌이 불가능하다는 취지가 아니었음²⁾
- 그리고 대법원이 수긍한 이 사건 원심판결은 뜬사랑연구원에서 이루어진 실습교육 방식을 구체적으로 살펴보았을 때 보건범죄단속법위반이 인정된다는 것임
- 따라서 이 사건과 위 2014두42179 사건의 대법원 판결 내용이 서로 모순되는 것이 아님

2) 위 2014두42179 판결문 제6면에서 “이 사건 신고가 수리된 후 그 실제 교육과정에서 무면허 의료행위나 미등록 학원설립·운영행위 등의 금지된 행위가 이루어진다면 그러한 행위에 대하여 형사상 처벌이나 별도의 행정적 규제를 하는 것은 모르되 행정청이 단지 그러한 금지된 행위가 있을지 모른다는 막연한 우려만으로 침·뜸에 대한 교육과 학습의 기회 제공을 일률적·전면적으로 차단하는 것은 후견주의적 공권력의 과도한 행사일 뿐 아니라 그와 같이 하지 않으면 안 될 공익상 필요가 있다고 볼 수도 없다.”고 명시한 바 있음.