

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2005도8317 의료법위반
피 고 인	피고인 1 외 6인
상 고 인	피고인들
변 호 인	변호사 노인수 (피고인 1.을 위하여) 변호사 김순평 (피고인 3.을 위하여) 변호사 이홍주 (피고인 4, 5, 6.을 위하여) 변호사 전현희, 김선옥, 현두륜, 김성태, 최재혁 (피고인 7.을 위하여)
원 심 판 결	서울중앙지방법원 2005. 10. 13. 선고 2005노1994 판결
판 결 선 고	2007. 6. 28.

주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

나머지 피고인들의 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들에 대한 무면허의료행위 부분에 대하여

가. 의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발행시킬 우려가 있는 행위를 포함하므로(대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결, 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결, 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 등 참조), 질병의 치료와 관계가 없는 미용성형술도 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발행시킬 우려가 있는 행위에 해당하는 때에는 의료행위에 포함된다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결, 2005. 6. 10. 선고 2005도2740 판결 등 참조).

위와 같은 법리 및 기록에 비추어 보건대, 원심은 제1심이 적법하게 채택한 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 의사인 피고인 1이 속눈썹 이식시술을 하면서 피시술자의 후두부에서 채취한 모낭을 간호조무사인 제1심 공동피고인으로 하여금 속눈썹 시술용 바늘(안과용 각침)에 일정한 각도로 끼우고 바늘을 뽑아낸 뒤 이식된 모발이 위쪽을 향하도록 모발의 방향을 수정하도록 한 행위나, 나머지 피고인들이 모발 이식시술을 하면서 위 제1심 공동피고인으로 하여금 식모기(植毛機)를 피시술자의 머리부위 진피층까지 찔러 넣는 방법으로 수여부에 모낭을 삽입하도록 한 행위가 진료보조행위의 범위를 벗어나 의료행위에 해당한다고 보아, 피고인들이 의료행위 중 일부인 위와 같은 행위를 위 제1심 공동피고인으로 하여금 하게 한 이상 무면허의료행위의 공범이 된다고 판단하여, 피고인들에 대한 이 사건 무면허의료행위의 공소사실을 유죄로 인정한 1심판결을 유지하였는바, 원심의 위와 같은 증거취사 및 사실인정과 판단은 옳고, 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반 및 무면허의료행위에 관한 법리오해나 이로 인한 심리미진 등의 위법이 없다.

나. 의료행위에 해당하는 어떠한 시술행위가 무면허로 행하여졌을 때, 그 시술행위의 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(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결, 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결, 2006. 3. 23. 선고 2006도1297 판결 등 참조).

위와 같은 법리 및 기록에 비추어 보건대, 간호조무사에 불과한 위 제1심 공동피고인이 모발 이식시술에 관하여 어느 정도 지식을 가지고 있다고 하여도 의료 전반에 관한 체계적인 지식과 의사 자격을 가지고 있지는 못한 사실, 피고인 5는 모발 이식시술을 하면서 식모기를 환자의 머리부위 진피층까지 찔러 넣는 방법으로 수여부에 모발을 삽입하는 행위 자체 중 일정 부분에 대해서는 위 제1심 공동피고인에게만 맡겨둔 채 별반 관여를 하지 아니한 사실 등을 인정한 다음, 이러한 위 피고인의 행위는 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 없어 위법성이 조각되지 아니한다고 하여, 위 피고인의 정당행위 주장을 배척한, 원심의 조치는 옳고 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 없다.

다. 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 성립의 진정과 임의성을 인정하였다가 그 뒤 이를 부인하는 진술을 하거나 서면을 제출한 경우 그 조서의 증거능력이 언제나 없다고 할 수는 없고, 법원이 그 조서의 기재 내용, 형식 등과 피고인의 법정에서의 범행에 관련한 진술 등 제반 사정에 비추어 성립의 진

정과 임의성을 인정한 최초의 진술이 신빙성이 있다고 보아, 그 성립의 진정을 인정하고 그 임의성에 관하여 심증을 얻은 때에는 그 피의자신문조서는 증거능력이 인정된다 (대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2368 판결, 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 2 및 그 변호인은 제1심 제2회 공판기일에서 그 피의자신문조서에 대하여 진정성립 및 임의성을 인정하였고, 제1심 제7회 공판기일에서 위 피의자신문조서에 대한 증거조사가 완료될 때까지 그 증거능력에 관하여 이의를 제기하지 아니한 사실을 알 수 있고, 그 외 기록에 나타나는 위 피고인의 연령, 학력, 경력 및 주로 부인하는 취지로 되어 있는 위 피의자신문조서의 기재내용 등을 고려하면, 1심법정에서 위 피의자신문조서의 성립의 진정과 임의성을 인정한 위 피고인과 그 변호인의 진술은 신빙성이 있고, 해당 진술의 임의성도 인정되므로 그 증거능력이 인정된다.

더욱이, 기록에 의하면, 제1심판결이 채용한 증거들 중 위 피의자신문조서를 제외한 나머지 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하다고 판단되므로, 원심이 위 피의자신문조서의 일부 진술기재를 유죄의 증거들 중의 하나로 들고 있는 제1심의 판단을 유지한 것이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수도 없다.

라. 벌금형이 선고된 이 사건에서 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다는 사유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 피고인 1에 대한 특정의료인의 진료방법 등 광고 부분에 대하여

원심이 인정한 이 부분 범죄사실의 요지는, 위 피고인이 2001. 11. 1.경부터 2004. 10. 20.까지 (병원명 생략)의원 홈페이지에 주름살치료방법, 시술 전·후의 사진, 모발이식시술의 구체적 방법, 시술후기 등을 게재함으로써 특정의료인의 진료방법 등에 대

해 광고를 하였다는 것인바, 이에 대하여 원심이 적용한 의료법 가운데 '2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것(이하 '개정 전 의료법'이라 한다) 제46조 제3항 중 특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법에 관한 광고금지 및 제69조 중 위 광고금지 위반 부분'은 원심판결 선고 후 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 위헌 결정에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하였다.

그런데 개정 전 의료법은 2003. 3. 30.까지 시행되었으므로(2002. 3. 30. 법률 제 6686호로 개정된 의료법 부칙 제1조 참조), 이 부분 범죄사실 중 2001. 11. 1.경부터 2003. 3. 30.까지의 광고에 관한 부분은 그에 대하여 원심이 적용한 법률조항에 대한 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우로서 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건이 범죄로 되지 아니한 때에 해당하고(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002도7403 판결 참조), 따라서 원심판결중 포괄일죄인 이 부분 범죄사실에 관한 부분은 나머지 상고이유에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 그대로 유지될 수 없게 되었다. 한편 헌법재판소의 위 위헌결정의 취지에 비추어 볼 때, 위 범죄사실 중 2003. 3. 31.부터 2004. 10. 20.까지의 광고 부분에 대한 적용법조인 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정된 의료법 제69조 및 제46조 제3항의 각 해당부분도 역시 위헌의 소지가 있다.

결국 위 피고인에 대한 원심판결 중 특정의료인의 진료방법 등 광고 부분은 파기되어야 할 것인바, 이 부분 범죄사실과 원심에서 유죄로 인정한 무면허의료행위 부분은 형법 제37조 전단의 경합범으로서 하나의 형이 선고되어야 하므로, 위 피고인에 대한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 피고인들의 상고를 모두 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이홍훈 _____

주 심 대법관 김영란 _____

 대법관 김황식 _____

 대법관 안대희 _____