

판례에서 나타난 무면허의료행위의 유형과 법률의 착오

정 도 희 *

- I. 서 론
- II. 현행법상 무면허의료행위의 규제와 판례분석
 - 1. 현행법상 무면허의료행위의 규제
 - 2. 무면허의료행위의 규제에 관한 헌법재판소 판단과 규제타당성
 - 3. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 행위자에 따른 유형
- III. 무면허의료행위와 법률의 착오
 - 1. 형법상 법률의 착오 일반이론
 - 2. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 정당한 이유의 유형화
 - 3. 무면허의료행위에 관한 판단에서의 법률의 부지
- IV. 결 론

I. 서 론

현행 의료법 제27조 제1항은 무면허의료행위를 전면 금지하고 있다. 어떤 행위가 무면허의료행위인지 여부를 판단할 때, 세 단계를 거쳐서 결론을 얻을 수 있다. 첫째, 논의의 대상이 되는 개별 사안에서 행위 자체가 의료행위인가 여부의 판단이다. 둘째, 의료행위로 판명된 그 행위가 면허가 필요한 행위인가 여부의 판단이다. 셋째, 의료행위가 면허 받은 범위 내의 합당한 행위인가 여부의 판단이다. 이와 같은 단계를 거쳐 무면허의료행위로 판명된 행위는 법적 규율을 받는 것이다.

* 논문접수: 2010. 4. 30. * 심사개시: 2010. 5. 10. * 게재확정: 2010. 6. 10.

* 법학박사, 단국대학교 법학과 시간강사

그런데 의료법 제27조 제1항의 구성요건은 분명하지 않기 때문에 명확성의 원칙에 어긋나고, 이 때문에 금지의 실질의 착오를 일으킬 여지가 많다. 대법원이 무면허의료행위에 대한 금지와 처벌을 판시한 판례들 중에서도 법률의 착오의 관점에서 바라본 예는 드물고, 그 중에서 착오의 정당한 이유의 판단기준에 대한 논증을 찾을 수 없다.¹⁾ 이 글에서는 무면허의료행위에 대한 전면적인 규율은 있으나, 일어날 수 있는 금지의 실질의 착오에 대한 논의를 다루고자 한다. 더불어 판례에서 부정되는 “정당한 이유”에 대하여 검토해 보고자 한 것이 이 글의 문제의식이다.

II. 현행법상 무면허의료행위의 규제와 판례분석

1. 현행법상 무면허의료행위의 규제

현행 의료법 제27조 제1항²⁾은 의료인 아닌 자의 의료행위와 의료인의 면허범위를 넘는 의료행위를 금지한다. 의료행위는 인체에 대한 침습을 수반하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 위험이 많은 행위이다. 그렇기 때문에 의료법은 취득한 면허를 기준으로 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사만이 의료행위를 할 수 있는 주체인 의료인으로 규정하였다(의료법 제2조³⁾). 이상에서 열거된 이외의 자, 즉 면허 없는 자가 의료행위를 하면 무면허의료행위죄로 처벌받는다. 또한 의료인이 자기의 면허 받은 범위를 벗어난 의료행위를 했을 경우도 무면허의료행위죄로 처벌받는다. 무면허의료행위를 영리 목적으로 행하면, 보건범죄단속에관한특별조치법⁴⁾에 의거하여, 가중처벌된다.

1) 예컨대 대법원 2005.4.29. 선고, 2004도7412 판결에서, 대법원은 대체의학자격증 소지자인 피고인이 자신의 행위가 의료법위반에 해당한다는 사실을 전혀 모르고 봉사활동을 한 경우, 착오의 정당한 이유를 인정하지 않았다.

2) 『의료법』, 제27조 제1항 참조.

3) 『의료법』, 제2조 제1항 참조.

이처럼 의료법은 비의료영역과 의료영역의 경계를 분명히 하여, 비의료인에 의한 의료영역 침입에 대하여 추상적 위험만 존재하면 처벌한다.⁵⁾ 의료법 제27조 제1항은 무면허의료행위라는 반(反)형법적 행위에 대한 구성요건해당성을 규정한 것이다.⁶⁾

그런데 법률이 구성하는 행위내용을 분명히 알 수 있도록 범죄구성요건은 명확히 규정되어야 하고, 구성요건은 확장이 가능하거나 윤곽이 분명치 않은 개념을 사용하면 안 된다.⁷⁾ 그러나 의료법 제27조 제1항은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정하여 예상할 수 있는 모든 무면허의료행위의 범위를 두 가지의 범위로 나누고 있는데, 이러한 포괄적인 구성요건은 명확성의 원칙에 어긋나는 것으로서 모든 무면허의료행위 양태를 포섭할 수 없다.⁸⁾

또한 의료법에 의료행위 개념의 규정은 없이 무면허의료행위의 금지만이 명확한 것은 어떠한 행위가 이러한 형벌의 대상인가에 대해서는 개념규정하지 않고 일정한 행위위반만을 형사적으로 처벌하는 것으로, 명확성의 원칙에 반하는 것으로 본다.⁹⁾

2. 무면허의료행위의 규제에 관한 헌법재판소 판단과 규제타당성

현행 의료법은 상술한 모든 형태의 무면허의료행위를 예외 없이 처벌한

4) 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 참조.

5) 사람의 생명, 신체 또는 공중보건상 위해를 가할 우려가 있으면 규제대상이 된다. 이상돈, “무면허의료죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 『고려법학』, 제40호, 2003, 제155-156면.

6) 의료법 자체에서 특별한 위법성조각사유를 규정하지 않는 한 위법성심사단계에서는 일반적 형벌의 위법성조각사유를 검토한다.

7) 배종대, 『형법총론』, 제6판, 2001, 제65-66면.

8) 형사법전의 불명확성의 근본적인 원인을 형사책임의 귀속이 느낌과 직관의 판단에 의존하도록 만드는 한국사회의 분화되지 않은 의사소통구조에서 찾는 이상돈, 『형법학』, 1998, 제175면 참조.

9) 헌법재판소는 1996.12.26. 선고, 93헌바65 결정에서 현행 의료법에서 의료행위에 대한 규정이 부재함에 대해 명확성 원칙에 반하지 않는 것으로 판단했다. 그러나 헌법재판소의 견해대로, 의료법 제1조와 제2조 제2항의 내용만을 기초로 의료행위의 개념이 도출하는 것은 간접정의에 불과하다.

다. 헌법재판소는 구(舊)의료법 제25조 제1항(현행 의료법 제27조 제1항) 무면허의료행위의 규제에 대하여, “전면 규제”의 타당성을 인정했다. 구(舊)의료법 제25조 제1항에 대한 위헌제청에 관한 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고, 94헌가7결정에서, 헌법재판소는 해당 조문에 대하여 합헌 결정을 내렸다.¹⁰⁾ 헌법재판소는 현행 규제가 과잉금지의 원칙에 위반하지 않는다고 판단하였으며, 이러한 “일률적·전면적” 규제방법은 “대안이 없는 유일한 선택”으로 인정하였다.

헌법재판소 2001. 11. 29. 선고, 2000헌바37 전원재판부 판결에서, 헌법재판소는 무면허의료행위를 업(業)으로 한 경우 가중처벌하는 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조는 헌법 제11조 평등원칙, 제10조 인간의 존엄과 가치, 제37조 제2항 과잉금지의 원칙에 위반하지 않는다고 판단하여, 무면허의료행위에 대한 규제의 타당성을 인정하였다. 또한 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고, 2001헌마370 전원재판부 판결에서는, “의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분”이 직업선택의 자유를 제한하거나 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한함을 인정하지만 이러한 제한은 “비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것”으로 인정했다.

헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 전원재판부 판결¹¹⁾에서 헌법재판소는 “의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하는 구(舊)의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은

10) 부산지방법원 1992.11.27. 선고, 92영장10114 결정에서 법원은 무면허의료행위에 대해 “의과대학을 졸업한 의사가 아니면 의료행위를 무조건 못하게 하고 처벌하는 것은 입법적으로 매우 잘못된 것으로서 생명과 신체의 구호를 바라는 환자의 입장에서 볼 때에는 인간존엄성과 생명권, 건강권, 행복추구권 등 헌법이 지향하는 근본이념에 대한 위협으로 되어 위헌의 문제까지 제기될 수 있고, 의술의 발전도 가로막는 것이므로 법의 운용과정에서 처벌의 범위와 정도를 될 수 있는 한 줄이는 것이 바람직하다”고 하여 무면허의료행위에 대하여 관용적인 판단을 내렸다.

11) 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2003헌바86 전원재판부 판결에 대하여 황만성, “무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념”, 『형사판례연구』, 제14호, 2006. 참조.

매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호 의무를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 직업선택의 자유 등 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화된다.”고 인정하였다.¹²⁾ 이처럼 무면허의료행위의 규제에 대해서, 국민의 생명권과 건강권¹³⁾, 인간의 존엄과 가치라는 관점에서 타당성이 주장된다.¹⁴⁾ 그런데 이에 대한 비판적인 의견도 있는데,¹⁵⁾¹⁶⁾ 생각건대, 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 가치를 고려하여, 시민의 신체와 생명에 위해를 가져올 우려가 있는 의료행위를 국가의 검증을 거치지 않고 의학전문지식을 지니지 않은 무자격자가 시술하는 무면허의료행위를 국가가 규제할 필요성이 있다. 그러나 무조건적인 일괄적인 규제가 아니라, 보다 합리적인 규제가 있어야 하고, 이를 위해서는 의료법 제27조 제1항의 구성요건을 명확히 세분화해야 할 것으로 본다.

의료인 면허를 가진 자의 의료행위는 의료의 본질적 특성인 침습성을 최소화할 수 있는 것이다. 무면허자의 의료행위는 국민의 생명과 건강이라는 법익을 침해하는 것으로 생각할 수 있으며, 이에 대한 형법의 투입이 가능

12) 이 결정에서 헌법재판소는 해당 조문에서 의료행위의 정의 없이 무면허의료행위를 처단함은 죄형법정주의의 명확성원칙을 위배하지 않는 것으로 판단하였다.

13) 헌법 제36조 제3항 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

14) 전면규제의 필요성에 대한 견해로 이인영, “무면허의료행위에 관한 일 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999, 제178면.

15) 국민은 직업선택의 자유와 행복추구권과 자기결정권을 가진다는 점이 주장의 근거이다. 오히려 무면허의료행위를 “전면” 규제하는 것이 국민의 건강권과 생명권을 침해하는 것이고, 의료서비스를 선택할 권리를 침해한다는 것이다. 또한 오히려 면허 제도를 두어, 모든 사람에게 평등해야 할 법의 형평성이 의료인 특정한 집단의 진료권 독점과 보호를 위해 수단으로 악용하는 것이라고 비판한다. 황종국, “무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처방안”, 『대한한약』, 제4호, 2000, 제386~399면 참조; 관련기사로 한국일보, “[어떻게 살까-한국의 대안운동] 민간의료합법화운동”, 2004, 1.14.

16) 한방의료의 관점에서, 양방의료 중심의 현행 의료법의 규제를 비판하는 한현구, “한방 의료행위의 불법성 규제와 요건충족의 한계(상)-무면허의료행위는 어떤 경우에 성립되는가-”, 『의림』, 제187호, 1988, 제75~76면.

하다. 단, 이 경우 형법의 보충성을 고려해서 무면허의료행위에 대한 형법적인 규제는 최후의 수단으로 사용해야 할 것이다.

중요한 것은 국민의 건강권을 보호하기 위해 무면허의료행위를 규제하되, 어떻게 합리적으로 규제하는 가이다.

3. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 행위자에 따른 유형

생활세계에서 무면허의료행위의 판단은 법원의 판결에 의한다. 의료법 제27조는 무면허의료행위를 동일하게 처벌하고 있지만, 그 유형은 제각기 다르다. 그러나 드러나는 행위 자체를 기준으로 유형을 구분하기 어렵기 때문에¹⁷⁾ 행위자 별로 유형화하면 다음과 같다. 우선 의료법 제27조 제1항에 규정된 바대로, (순수)비의료인의 행위와 (자신이 받은 면허범위를 넘은)의료인의 행위로 나눌 수 있다.

가. 비(非)의료인의 행위

(1) 무면허자의 행위

“무면허자”, “무자격자”에 의한 사이비 의료행위이다. 의료관련 혹은 유사 자격이나 면허를 소지하지 않은 자의 행위이다. 판례는 무면허자의 의료행위를 무면허의료행위죄로 일괄적으로 처벌한다. 예컨대 대법원은 비의료인이 체침(體針)을 시술한 경우,¹⁸⁾ 의료인이 아닌 자가 찌질행위를 한 경

17) 예컨대 대법원은 수지침의 시술행위에 대해서는 사회상규에 위배되지 않는 행위로 위법성이 조각된다고 판단하는 반면, 체침(體針)은 사회상규에 위배되는 행위로 위법한 것으로 판단한다. 이는 당해 의료행위가 인체에 미칠 영향을 고려하여 내린 결론으로 보이지만, 판단의 기준이 명확히 제시되어 있지 않다. 그러므로 무면허의료행위의 유형화는 행위자 주체의 관점에서 접근해야 할 것으로 본다.

18) 침술행위는 의료법 제60조 소정의 의료유사행위로서 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 구(舊)의료법 제25조의 무면허의료행위(한방의료행위)에 해당되어 제66조에 의하여 처벌된다고 판시하였다. 대법원 1986.10.28. 선고, 86도1842 판결; 대법원 1993.1.15. 선고, 92도2548 판결; 대법원 1977.10.11. 선고, 77도2010 판결; 대법원 2002.12.26. 선고, 2002도5077 판결.

우¹⁹⁾, 질병의 치료를 위해 벌침·쑥뜸 등의 시술을 한 경우²⁰⁾, 체육관 내에 척추 교정실을 설치하고 디스크 환자 등을 치료하여 준 경우²¹⁾, 양손으로 환부를 눌러 빼돌어진 뼈를 교정하고 환부에 안티푸라민을 발라준 경우²²⁾, 활기도 운동이라는 명목 하에 척추디스크 등 환자들의 통증부위를 교정하는 시술을 반복한 경우²³⁾, 근육이완기구·엑스레이 관동기·척추모형 등을 갖추고 척추에 이상이 있는 환자에게 근육이완기로 문지르고 아픈 부위를 누르고 팔다리를 최대한 구부리게 하여 신경생리기능의 회복을 꾀한 경우²⁴⁾, 시력을 회복하기 위해 가압식 미용기로 안면을 마사지한 경우²⁵⁾, 정신신경질환자나 언어장애자 등을 모아 놓고 하는 암시·최면·호흡·정신안정 및 약물투여 등의 치료행위를 한 경우²⁶⁾, 진맥을 하고 어깨 및 허리 등을 눌러 본 뒤 신경성 심장병이라고 진단하면서 연뿌리 등을 조제해서 먹여 보라고 한 경우²⁷⁾²⁸⁾ 등을 무면허의료행위로 보았다.

또한 한의원 종업원이 한의사 자격 없이 한의사의 부재중에 환자의 진맥을 하고 난후 한의사가 평소에 비치했던 처방전책자에 기재된 대로 약재를 혼합하여 조제한 경우,²⁹⁾ 치과의사 아닌 자가 반복·계속할 의사로서 단 한 차례 치과의료행위를 한 경우,³⁰⁾ 한약업사가 독자적으로 진단하여 한약을 처방·조제한 경우³¹⁾, 한약업사가 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을

19) 대법원 2000.9.8. 선고, 2000도432 판결.

20) 대법원 1992.10.13. 선고, 92도1892 판결; 이러한 판례로는 대법원 1994.4.29. 선고, 94도89 판결.

21) 대법원 1987.4.28. 선고, 87도286 판결.

22) 대법원 1987.5.12. 선고, 86도2270 판결.

23) 대법원 1987.11.24. 선고, 87도1942 판결.

24) 대법원 1989.1.31. 선고, 88도2032 판결.

25) 대법원 1989.9.29. 선고, 88도2190 판결.

26) 대법원 1981.7.28. 선고, 81도835 판결.

27) 대법원 1981.12.22. 선고, 80도2974 판결.

28) 이에 대하여 신현호, 『의료소송총론-의료행위와 의사의 법적 책임』, 육법사, 1997, 제29면.

29) 대법원 1992.7.28. 선고, 91누12455 판결; 대법원 1989.12.26. 선고, 87도840 판결; 대법원 1981.12.22. 선고, 80도2974 판결; 대법원 1978.9.26. 선고, 77도3156 판결.

30) 대법원 1989.1.10. 선고, 88도1896 판결.

하여 병명을 진단한 후 한약을 처방한 경우,³²⁾ 환자의 콧속에 전등을 비추어 관찰한 후 비염이라고 진단하고 한의서에 기재된 한약을 조제한 경우³³⁾도 들 수 있다.³⁴⁾

판례와 함께 무면허의료행위를 판단하는 기준을 제시하는 보건복지부의 유권해석에 의하면 비의료인이 손바닥으로 복부마찰행위로서 환자를 치료한 행위³⁵⁾, 비의료인에 의해 단식요법이 행해진 경우,³⁶⁾ 비의료인이 자동문신기를 이용한 미용문신행위를 한 경우³⁷⁾, 비의료인이 컴퓨터를 활용한 진료행위를 한 경우,³⁸⁾ 무도인이 척추교정이나 지압행위를 한 경우,³⁹⁾ 무당이나 세칭 “도인(道人)”이 기(氣)를 이용해서 난치병을 치료한 행위⁴⁰⁾, 비의료인·안마사가 아닌 자가 스포츠마사지행위와 교정체조를 행한 경우,⁴¹⁾ 비의료인이 피부재생안면미용술을 시술한 경우,⁴²⁾ 무자격자가 환자의 체온을 측정하는 행위,⁴³⁾ 비의료인이 체질별 섭생법을 시행한 경우,⁴⁴⁾ 의료기제조회사 측이 당뇨병환자에게 투여할 인슐린의 양을 전화로 알려준 경우,⁴⁵⁾ 개인이 민간요법 차원에서 쑥침·쑥뜸 방법을 이용하여 타인을 치료한 경우,⁴⁶⁾ 일반인이 체지방분석기를 사용하여 타인의 체지방을 측정하거나 비

31) 대법원 1993.8.27. 선고, 93도153 판결.

32) 대법원 1997.2.14. 선고, 96도2234 판결.

33) 대법원 1978.9.26. 선고, 77도3156 판결.

34) 한약업사의 이러한 행위를 의료인의 면허된 범위 이외의 행위로 본 신현호, 전거서.

35) 의제 31002-11508, 85.1.22.

36) 의제 01254-70945, 85.10.16.

37) 의제 31206-7896, 86.6.30.

38) 의제 01254-17816, 86.7.26.

39) 척추교정이나 지압을 하는 행위는 의료행위로서 면허를 받은 의료인이나 안마사 자격 중 소지자만이 행할 수 있다는 의제 01254-20962, 86.9.10.

40) 의제 01254-20021, 87.8.26.

41) 의정 01254-3173, 91.3.7.

42) 의정 01254-2296, 92.8.28.

43) 체온을 측정하여 의사에게 알리는 행위는 진료의 보조업무에 해당되는 것으로 무자격자는 행할 수 없다는 의정 65507-315, 93.3.25.

44) 의정 65507-577, 93.5.6.

45) 인슐린 투여량의 조절은 환자의 상태를 충분히 파악한 후 의사의 진단에 의해서만 가능한 것이라는 의정 65507-652.

46) 의정 65507-1034, 96.8.23.

만상태를 검사하여 인체의 구성성분의 양과 비율을 진단한 경우,⁴⁷⁾ 신의 명을 받았다는 주장하는 자가 타인의 신체를 진맥하여 종교적인 행위로 환자에게 쌀가루·밀가루 등으로 치료한 경우⁴⁸⁾ 등을 무면허의료행위이다.

이외에도, 판례는 외국에서 침구사자격을 취득한 자가 시술한 경우,⁴⁹⁾ 한약업사가 무허가로 제조된 진단, 처방의료용구인 한방종합컴퓨터를 설치해 놓고 환자들에게 미리 준비한 한방 설문지내용에 따라 211개 항목에 걸쳐 병증상을 물은 다음 컴퓨터를 작동하여 나타난 병증세와 처방전 및 맥진, 촉진, 복진 등을 통한 병증세의 진단결과에 따라 한의서에 기재된 처방을 임의로 가감·변경하여 한약을 혼합 판매한 경우⁵⁰⁾가 모두 이러한 범위에 하는 것으로 판단하였다.

(2) 의료보조자의 행위: 의료기사, 의료유사업자, 안마사

의료보조자는 의사의 의료행위를 보조하는 행위가 법적으로 허용된 자로, 간호사,⁵¹⁾ 의료기사, 의료유사업자, 안마사이다. 이들은 원칙적으로 의사의 지시·감독 하에서 시술하여야 한다. 의료보조자의 면허가 없는 자는 의사의 감독과 지시에 의하더라도 대진할 수 없다. 의료기사, 의료유사업자, 안마사와 같은 의료보조자에게 무면허의료행위가 문제되는 것은, 의사의 지시·감독 없이 독자적인 의료행위를 하는 경우이다.⁵²⁾

우선 의료기사는 의사 및 의사의 지도하에 진료 또는 의화학적 검사에 종사하는 자료, 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공

47) 의정 65500-86, 2000.1.27.

48) 의정 65507-490, 2000.5.18.

49) 대법원 1996.7.30. 선고 94도1297 판결.

50) 서울고등법원 1990.4.27. 선고, 90노200 제1형사부판결.

51) 간호사는 의료법상 의료인으로서 의료행위의 법적 주체이다. 따라서 이 글에서는 간호사의 행위를 의료보조자의 행위와 분리하여 서술한다.

52) 현행 의료법은, 의료인에 포함되지 않는 의료기사, 의료유사업자, 안마사의 행위를 의료행위에 포섭하고(제81조, 제82조), 의료인에 의한 의료행위와 의료유사업자나 안마사에 의한 의료유사행위를 같은 차원에서 보호한다. 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제40호, 2003, 제82~88면 참조.

사, 치과위생사 등을 말한다.⁵³⁾ 이들은 의사 및 치과의사의 지도를 받아 업무를 행하며,⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 만일 의사의 구체적인 감독과 지시를 받지 않는다면 이들의 행위는 위법한 것이 된다.⁵⁶⁾ 예컨대 임상병리사가 의사면허나 의사의 감독과 지시 없이 의료행위를 한 경우 무면허의료행위이다.⁵⁷⁾ 또한 치과의사가 환자 대량유치를 위해 치과기공사들에게 내원 환자들에게 진료행위를 하도록 지시하여 치과기공사들이 단독으로 진료행위를 한 경우, 진료행위를 지시하였던 치과의사는 무면허의료행위의 교사범이다.⁵⁸⁾

다음으로, 의료유사업자는 접골사, 침사, 구사 등으로, 과거에는 각각의 해당 면허가 존재했다. 현재에는 한의사의 면허를 취득해야 각각의 해당된 의료행위를 시술할 수 있고, 다만 상술한 종전의 자격증 소지자들은 의료법 제81조에 의해 시술행위를 할 수 있을 뿐이다. 이들은 고유의 의료유사행위만을 할 수 있을 뿐이며, 그 범위를 넘어서는 의료행위의 시술이 금지된다. 판례는 구술업 면허자가 타인의 질환을 진단하고 면허 받은 범위를 벗어나 별도로 약품의 투여를 지시한 경우, 침술업 면허자가 질병을 진단하고 그것에 적응하는 투약을 한 경우 모두 무면허의료행위로 처벌하였다.⁵⁹⁾

마지막으로, 판례는 안마사가 자신의 침술행위를 안마사 교육과정 중의 자극요법과는 구별되는 의료행위로 보고 치료의 목적으로 침술을 시술한 경우⁶⁰⁾, 시각장애인과 안마사가 의료행위로서 침술행위를 시술하는 경우⁶¹⁾ 무면허의료행위로 판단하였다.

53) 의료기사등에관한법률 제1조, 제2조 참조. 의료기사등에관한법률 시행령 제2조는 의료기사, 의무기록사 및 안경사의 업무범위 등을 규정한다.

54) 의료기사는 의사나 치과의사의 지시 및 감독 하에서 진료 또는 의화학검사에 종사할 수 있다. 대법원 1976.10.12. 선고, 76도2706 판결.

55) 이에 대하여 박영호, “공동의료행위와 법적 책임”, 『대한의사협회지』, 제492호, 2001, 제44면.

56) 대법원 1979.5.22. 선고, 79도630 판결.

57) 대법원 1976.10.12. 선고, 76도2706 판결.

58) 대법원 1986.7.8. 선고, 86도749 판결.

59) 윤석정, “의료법상의 무면허의료행위”, 『검찰』, 71, 1978, 제216~217면.

60) 대법원 1992.9.8. 선고, 92도1221 판결.

61) 대법원 1996.7.30. 선고, 94도1297 판결.

(3) 약사의 행위

약사는 의료인이 아니기 때문에, 약사의 의료행위는 무자격자의 무면허 의료행위이다. 판례는 약사가 직접 또는 서신으로 환자의 병세를 묻고 진단하여 치료약을 제조·판매한 경우 무면허의료행위로 판단하였다.⁶²⁾ 판례의 이러한 태도에 비추어 보건대, 약사가 약국 내에 혈압기를 비치하고 방문하는 환자를 대상으로 혈압을 측정하고 처방약을 조제한 경우,⁶³⁾ 약사가 문진·시진·촉진 등의 방법으로 환자의 용태를 관찰한 후에 특정 병명을 진단한 경우⁶⁴⁾도 무면허의료행위이다.

한편 약사의 투약행위의 의료행위성 여부에 대하여, 보건복지부의 유권 해석은 약사법에 의한 투약행위를 제외한 나머지 투약행위를 의료행위로 해석한 바 있는데, 투약행위의 판단의 주체가 의사인 점을 고려하여 투약 행위를 의료행위로 보는 것이 타당하다.

(4) 의료인접영역종사자의 행위

상술한 의료보조자와의 경우와는 별도로, 의료영역과 인접한 영역에 종사하는 자가 의료행위를 한 경우 무면허의료행위가 된다. 판례는 피부관리사의 크리스털 박피시술행위를 무면허의료행위로 판단하였다. 크리스털 박피시술의 의료행위성을 인정하고 피부관리사에 의해 행해진 행위를 무면허 의료행위로 규정지은 것이었다. 그러나 해당 행위가 통상 피부과에서 피부관리사나 간호사에 의하여 행해져왔다는 사실을 감안하면, 이와 같은 판결은 현실과 괴리가 있다.

판례는 활법 종목의 사회체육지도사 자격증을 취득한 자가 신체불균형을 교정한다 하여 압박 등의 시술을 반복한 경우⁶⁵⁾, 활법사가 카이로프랙틱을

62) 이는 의약분업 시행 이전에는 관행이었다. 대법원 1980.9.9. 선고 80도1157 판결.

63) 의정 65507-1078, 2000.9.22.

64) 2003년 9월 17일 보건복지부 인터넷민원회신, 보건의료정책과.

65) 대법원 1995.4.7. 선고, 94도1325 판결.

행한 다음 뜸질포대로 뜸질을 한 경우⁶⁶⁾, 미용사나 피부관리사 등이 하는 피부박피술이나 미용문신행위와 같은 반영구적메이크업을 시술한 경우, 기공원에서 척추교정을 시술한 경우⁶⁷⁾, 스포츠마사지사가 지압과 안마를 시술한 경우⁶⁸⁾를 무면허의료행위로 판단하였다.

의료인과 비의료인의 “협업”은 새로운 건강관리서비스(health care service)의 하나로 행해지고 있다. 미용을 위한 시술뿐만 아니라, “건강하게 살기 위한 행위”까지도 의료의 영역에 포섭되고 있고, 생활세계에서의 의료의 개념은 점차 확대되고 있다. 그런데 현행 의료법은 상술한 박피시술과 같은, “협업”의 하나로 볼 수 있는 행위를 무면허의료행위로 처벌하고 있는데,⁶⁹⁾ 보다 탄력적인 규제방안을 모색해야 할 것이다.

나. 의료인의 면허받은 범위 이외의 의료행위

판례는 조산사가 자신의 면허의 범위를 넘어선 의료행위를 한 경우, 그 행위는 무면허의료행위에 해당한다. 판례는 조산사가 임부의 질구를 열 바늘 봉합해야 할 정도로 절개하고 분만시킨 경우⁷⁰⁾, 조산사가 질염 치료나 임신 중절수술 및 그 수술 후의 처치 등을 한 경우,⁷¹⁾ 면허 범위를 벗어난 무면허 의료행위로 판단하였다.⁷²⁾ 조산사가 임부의 질구를 절개하고 분만시킨 경우 이상분만으로 인하여 해산부와 신생아에게 이상 현상이 생긴다면 그 원인을 진단하고 조치를 강구하는 것은 의사의 임무이고, 임부의 질염을 치료하거나 임신중절수술을 시술하거나 수술 후 처치를 하는 것은 의사만이 할 수 있는 의료행위라는 것이다. 또한 판례는 의사가 한방의료행위를 한 경우⁷³⁾, 한

66) 대법원 1985.5.28. 선고, 84도2135 판결.

67) 대법원 2002.5.10. 선고 2000도2807 판결.

68) 대법원 2004.1.15. 선고, 2001도298 판결.

69) 이상돈, “무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 『고려법학』, 제40호, 2003, 제 157~158면 참조.

70) 대법원 1988.9.13. 선고, 84도2316 판결.

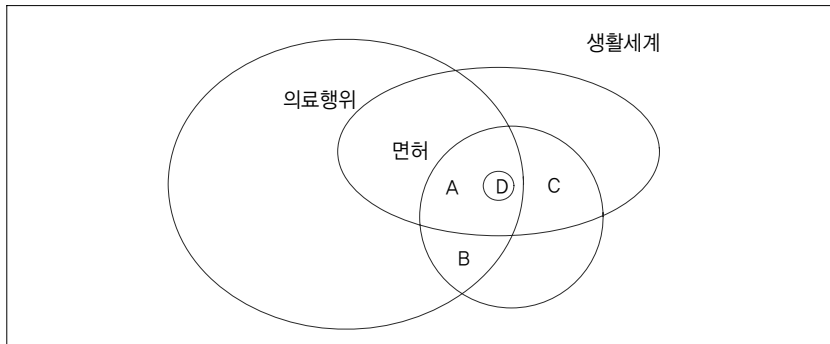
71) 대법원 1992.10.9. 선고, 92도848 판결.

72) 신현호, 전계서, 제30면.

의사가 사실상 의사의 자질을 가지고 진료대금을 받지 않고서 환자에게 주사한 경우⁷⁴⁾ 무면허의료행위로 판단하였다.⁷⁵⁾ 그리고 간호보조원이 의사의 지시를 받아 독자적으로 의료행위를 한 경우⁷⁶⁾ 무면허의료행위로 처벌하였다.⁷⁷⁾ 마지막으로, 의료인이 면허가 정지된 동안 의료행위를 하는 경우, 그의 진료능력과는 무관하게 원칙적으로 무면허의료행위이다. 이상으로, 상술한 무면허의료행위의 유형을 다음과 같이 정리할 수 있을 것으로 본다.

- A : 의료인에 의한 의료행위
- B : 면허를 필요로 하지 않는 치료행위 ex) 수지침
- C : 해당 면허는 필요하되 의료행위는 아닌 행위 ex) 안마사의 안마행위
- D : 면허 있는 의료인에 의한 의료행위이나 행정처분 등으로 면허 내 업무정지, 취소 처분을 받은 경우

〈그림 2-1〉



73) 대법원 1989.12.26. 선고, 87도840 판결.
 74) 대법원 1987.11.24. 선고, 87도1942 판결.
 75) 예컨대 한의사의 IPL (Intensive Pulsed Light) 시술은 무면허의료행위이다. 보건신문, “법원, ‘한의사 IPL시술 무면허의료행위’ 판결”, 2010. 4.11. <http://www.bokuennews.com/news/article.html?no=41142>.
 76) 대법원 1986.7.8. 선고, 86도749 판결.
 77) 간호사는 환자를 위하여 어떠한 행위를 결정하여 자신만의 행동을 할 수 있는 독립적 간호기능도 가지고 있으나, 전문이나 다른 간호사의 지시와 감독 하에서 의료행위를 시술하는 의존적 간호기능도 가지고 있다. 유효종 외, 『의료문제에 대한 윤리와 법의 통합적 접근: 의료법윤리학 서설』, 동림출판사, 2002, 제277면 참조.

III. 무면허의료행위와 법률의 착오

이 글에서 법률의 착오에 대하여 관심을 갖는 것은, 실제로 의료법 제27조 제1항의 규정이 무면허의료행위별로 세분화되어 있지 못하고 명확하지 않기 때문에, 포섭될 수 있는 행위가 명확하지 않아서, 드러나는 행위가 해당 조문이 금지하는 행위에 포섭이 되는지 그렇지 않은지 착오로 인한 범위반이 문제되기 때문이다.

수많은 특별형법과 행정형법의 수범자로서, 무면허의료행위를 금지의 실질의 착오의 관점에서 접근해야 할 필요가 있다.

1. 형법상 법률의 착오 일반이론

가. 형법상 법률의 착오의 개념

법률의 착오란 행위자가 일정한 행위를 함에 있어서 구성요건적 사실은 인식하였지만 착오로 인하여 그 행위의 위법성을 인식하지 못한 경우를 말한다. 즉, 무엇을 행하는지 인식하고 있지만 그 행위가 허용되는 것으로 오인하여 불법을 행한다는 인식 없이 구성요건적 실현행위로 나아간 경우, 즉 사건에서 행위자에게 불법 의식,⁷⁸⁾ 위법성 인식이 결여된 경우를 말한다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 행위자가 자신의 행위와 직접 관련되는 금지 규범에 대한 위법성의 인식을 하지 못한 경우, 즉 직접적 착오(Direkter Irrtum)와 일반적으로 금지된다는 것을 알지만 구체적으로 위법성조각사유에 해당하는 것으로 잘못 오인한 경우, 즉, 간접적 착오(Indirekter Irrtum)의 경우로 분류된다.⁸¹⁾

78) Roxin·Stree·Zipf·Jung, 『Einführung in das neue Strafrecht』 2. Auflage, C. H. Beck/Che Verlagsbuchhandlung München, 1975, 제50면.

79) 천진호, 「금지착오에 있어서 정당한 이유」, 박사학위 논문, 경북대학교 법학과, 1996; 신양균, “금지착오”, 『고시계』, 제346호, 1985, 제53~54면.

80) 형법상 위법성의 인식을 고의의 요소로 보는지, 책임의 요소로 보는지에 따라서 고의설과 책임설로 나뉜다.

나. 법률의 부지의 문제

그런데 형법 제16조에 법률의 부지가 포함되는 것으로 보는 우리 입법자의 태도⁸²⁾와 법률의 부지를 법률의 착오의 한 유형으로 보는 통설과는 달리, 우리 대법원은 일관되게 법률의 부지를 형법 제16조의 법률의 착오에 해당하지 않는다는 입장을 유지하고 있다.⁸³⁾ 이에 따르면 법률의 부지는 금지규범의 존재를 알지 못하는 착오이므로, 자신의 행위가 법적으로 허용되어 있다고 적극적으로 잘못 인식하고 있는 경우인 법률의 착오와는 구별된다는 것이다. 법률의 부지인 경우 그 원인에 정당한 이유가 있더라도 범죄의 성립에는 지장이 없게 된다.

생각건대 금지규범 자체를 인식하지 못한 경우가 자신의 행위가 허용된다고 오인한 경우보다 경솔하다고 할 수 있어도, 그렇다고 해서 위법성을 인식했다고 보는 것은 곤란하다. 금지규범 자체를 인식하지 못한 경우와 그것이 허용된다고 오인한 경우 사이에는 차이가 없다.⁸⁴⁾ 법률의 착오는 위법성의 인식이 없는 모든 경우를 말하는 것으로 보아야 하는 것이다. 법률의 착오를, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 허용된다고 오인한 경우에 제한된다고 해석할 수 없다.

81) 전자는 행위자가 그의 행위에 대하여 직접 적용되는 금지규범을 인식하지 못하여 그의 행위가 법적으로 중요하지 않다고 믿는 것으로, 행위자가 금지규범의 효력이 없는 것으로 오인한 효력의 착오, 행위자가 법규정을 잘못 해석하여 자신의 행위가 허용된다고 오인한 포섭의 착오, 행위자가 금지규범 자체를 모르는 법률의 부지로 나뉜다. 후자는 행위자가 일반적인 규범의 명령을 알았지만 잘못된 사실인정이나 부적절한 법적 판단으로 인해 규범이 그의 행위권한에 양보한다고 인정하는 것으로, 자신의 행위가 구성요건에 해당하는 것이라는 것을 알고 있었지만 그것이 일정한 정당화사유에 해당해서 정당화된다고 잘못 생각한 것이다. 위법성조각사유의 범위와 한계에 관한 착오와 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오로 나뉜다. 정현미, 『법률의 착오에서 정당화 사유의 판단기준』, 『이재상화합기념논문집』, 2002, 제516~517면; 신양균, 전제논문, 제55~57면; 임 응, 『위법성의 인식과 그 착오』, 『고시계』, 1993, 제46면.

82) 신동운·허일태, 『효당 임상섭 형법논집』, 2005, 제75~76면 참조.

83) 대법원 1961.10.5. 선고, 4294형상208 판결; 대법원 2000.9.29. 선고, 2000도3051 판결; 대법원 2002.1.25. 선고, 2000도1696 판결; 대법원 2003.4.11. 선고, 2003도451 판결.

84) 실제로 판례는 법률의 부지와 포섭의 착오를 혼동하기도 한다. 이에 대하여 안성조, 『형법상 법률의 착오론』, 경인문화사, 2006, 제272면 이하; 조 국, 『법률 간의 부정합과 금지착오』, 『이재상 교수 화합기념논문집』, 제506면 이하.

요컨대 자기의 행위가 범규범에 의하여 금지된 사실 자체도 모르는 자에게 위법성의 인식이 있다고 보기 어려우므로, 법률의 부지는 위법성의 인식의 결여와 같다고 볼 수 있다. 위법성의 인식이 없는 행위자에 대하여 형사책임을 지게 한다는 것은 책임주의 원칙을 무시하는 결과가 된다.

법률의 착오는 적극적인 오인만을 의미하며 소극적인 부지는 여기에 해당하지 않는다는 법원의 태도는 타당하지 않으며, 단순한 법률의 부지도 자기 행위의 위법성을 알지 못하는 경우이기 때문에 법률의 부지는 법률의 착오와 무관한 법현상이라기 보다는 법률의 착오에 이르게 된 동기의 하나라고 보아야 하며, 법률의 부지는 법률의 부지에서 유래된 법률의 착오로 정의하는 것이 바람직하다. 형법 제16조는 법률의 착오의 주장을 정당한 이유가 인정되는 경우에 한하여 인정하고 있으므로, “정당한 이유”가 있는 법률의 부지는 법률의 착오의 성립을 인정하여야 한다. 논의의 초점은 법률의 부지가 법률의 착오인가가 아니라, 법률의 부지에 “정당한 이유”가 있는가 여부이다.

다. “정당한 이유”의 판단기준

형법 제16조는 법률의 착오의 주장은 “정당한 이유”가 있는 경우에 한하여 인정한다. 그런데 판례는 정당한 이유에 대하여, 일관된 기준을 제시하지 못하고 있다.⁸⁵⁾ 따라서 “정당한 이유”의 판단 기준으로, 학계에서는 독일 형법의 해석론에서 나온 “회피가능성(Vermeidbarkeit)” 개념이 활용된다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾ 독일의 “회피가능성”의 본질은 자신의 행위에 대하여 “불법을 인식할 가능성(Erkennen-Können)”에 있다. 행위자가 자신의 행위의 위법

85) 김영환, “법률의 부지의 형법해석학적 문제점”, 『이재상교수화갑기념논문집』, 2002, 제485면; 박상진, “금지착오에 있어서 책임조각의 한계-전문가의 조언을 신뢰한 각국의 판례를 중심으로-”, 『사회과학연구』, 제9집, 1998, 제60면.

86) 하태훈, “회피불가능한 금지착오”, 『고시연구』, 제233호, 1993, 제37면 이하.

87) 독일연방최고법원(BGH)은 “회피가능성”의 척도로, “양심의 긴장”(Gewissensspannung)을 요구한다.

성을 인식할 능력을 활용하지 않고, 따라서 자신의 행위를 인식된 법의무(Rechtspflicht)에 따라 결정해야 할 가능성을 배제한다면, 회피가능한 법률의 착오로 책임은 조각되지 않는다는 것이다. 행위자는 자신의 행위가 위법한지 그렇지 않은지를 인식해야 하고, 가능한 범위 내에서 관련된 정보를 수집해야 하는데, 이것이 “조회의무”이다. 행위자가 자신의 행위의 적법성을 확인시켜 줄 것으로 기대되는 정보에 대하여 조회의무를 이행하지 않은 경우, 행위자가 문의할 것이라고 기대할 수 있었고 만일 문의했다면 행위자가 자기 행위의 위법성을 분명히 인식할 수 있었다는 것이 인정된다면, 또는 적어도 행위자가 적법성에 대한 의문을 가질 수 있었다는 것이 인정된다면, 법률의 착오의 정당한 이유는 인정되지 않는다.⁸⁸⁾

그런데 우리 판례에서는 관할 행정기관의 회신과 전문가의 조언을 신뢰하고 행위를 하여 조회의무를 다하였지만, 행위가 위법한 경우에 대하여 상반된 판단을 내렸다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾ 법률전문가가 아닌 시민이 자격 있는 전문가에게 자신의 행위의 위법여부를 성실히 조회하여 그 답에 의존하여 행동한 경우 정당한 이유를 긍정하여 별하지 않는가 하면⁹¹⁾, 구체적인 근거 제시도 없이 정당한 이유가 없다고 판시하기도 하였다.⁹²⁾

88) 하태훈, 전계논문, 제43면.

89) 정당한 이유를 인정한 대법원 판례로는 대법원 1982.1.19, 선고, 81도646 판결; 대법원 1983.2.22, 선고, 81도2763 판결; 대법원 1992.5.22, 선고, 91도2525 판결; 대법원 1995.7.11, 선고, 94도1814 판결; 대법원 1993.10.12, 선고, 93도1888 판결; 대법원 1995.8.25, 선고, 95도717 판결; 대법원 1995.7.11, 선고, 94도1814 판결; 대법원 1986.10.28, 선고, 86도1406 판결; 대법원 1985.2.12, 선고, 84도2860 판결; 대법원 1976.1.13, 선고, 74도3680 판결; 대법원 1972.3.31, 선고, 72도64 판결 등이 있다.

90) 정당한 이유를 인정하지 않은 대법원 판례로는 대법원 1987.12.22, 선고, 86도1175 판결; 대법원 1991.8.27, 선고, 91도1523 판결; 대법원 1992.8.18, 선고, 92도1140 판결; 대법원 1995.7.28, 선고, 95도702 판결; 대법원 1998.10.13, 선고, 97도3337 판결; 대법원 1991.8.27, 선고, 91도1523 판결; 대법원 1987.4.14, 선고, 87도160 판결; 대법원 1985.4.9, 선고, 85도25 판결; 대법원 1992.5.26, 선고, 91도694 판결; 대법원 1983.9.13, 선고, 83도1927 판결; 대법원 1979.8.28, 선고, 79도1671 판결; 대법원 1970.7.24, 선고, 70도1149 판결; 대법원 1965.11.23, 선고, 65도867 판결; 대법원 1961.2.24, 선고, 4293형상97 판결 등이 있다.

91) 대법원 1976.1.13, 선고, 74도3680 판결; 대법원 1982.1.19, 선고, 81도646 판결.

92) 대법원 1990.10.16, 선고, 90도1604 판결; 대법원 1992.5.26, 선고, 91도894 판결; 대법

생각건대, 국가 기관 혹은 전문가의 권유에 따라, 행위자 자신의 행위가 위법하지 않다고 믿게 된 경우 정당한 이유를 인정하지 않는 것은, 시민에게 과도한 불법통찰의 의무를 요구하는 것이다.⁹³⁾ 조회의무를 다하고 국가 기관이나 전문가의 회신을 신뢰한 행위자에게는 정당한 이유를 폭넓게 인정해야 할 것이다.

2. 판례에서 나타난 무면허의료행위의 정당한 이유의 유형화

우리 판례는 “정당한 이유”라는 개념을 법률의 착오의 인정여부의 기준으로 활용하고 있으며, 정당한 이유의 판단 기준은 행정기관이나 변호사 등 전문기관에 조회하여 회피할 가능성이 있느냐 여부로 판단한다. 무면허의료행위의 법률의 착오의 문제를 다룬 판례의 유형은 법률의 정당성을 신뢰한 경우와 직무수행이나 범위내의 행위로 신뢰한 경우, 행정기관의 회신을 신뢰한 경우의 세 가지로 나눌 수 있다.⁹⁴⁾ 이들 판례에서는 일관되게 정당한 이유를 인정하지 않았다.

가. 법률의 정당성을 신뢰한 경우

판례는 행위자가 자격기본법⁹⁵⁾이라는 법령에 의해 민간자격증을 취득한 자로, 국가의 공인된 자격이 아닌 민간 자격을 신뢰하여 침술업(鍼術業)을

원 1995.7.28, 선고, 95도702 판결.

93) 관련된 판례로는 대법원 1987.12.22, 선고, 86도1175 판결. 이러한 비판으로 조 국, “법률의 부지 및 착오 이론에 대한 재해석”, 『형사정책연구』, 제12권 제2호, 2001, 제104면.

94) 대법원 판례에서 나타난 형법상 법률의 착오는 첫째, 법률의 정당성을 신뢰한 경우, 둘째, 제3자로부터 수집한 정보를 신뢰한 경우, 셋째, 행정기관의 회신(법해석)을 신뢰한 경우, 넷째, 관할관청의 고시나 지침을 신뢰한 경우, 다섯째, 직무수행이나 직무범위내의 행위로 신뢰한 경우로 유형화된다.

95) 자격기본법에 의하면, 국가 외의 법인·단체 또는 개인은 누구든지 민간자격을 신설하여 관리·운영할 수 있고(제17조 제1항), 주무부장관은 민간자격에 대한 신뢰를 확보하고 사회적 통용성을 높이기 위하여 민간자격을 공인할 수 있다(제19조 제1항). 공인자격을 취득한 자는 이에 상응하는 국가자격을 취득한 자와 동등한 대우를 받는다(제23조 제3항).

한 경우, 법률의 착오의 성립을 부정하였다. 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결에서, 대법원은 자격기본법에 의한 민간자격증을 취득한 자가 한방의료행위인 침술행위를 한 경우 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 이유가 없다고 판단하였다.⁹⁶⁾ 즉, 행위자가 자격기본법에 근거하여 국가자격과 동등한 대우를 받는 대체의학 민간자격을 취득하였더라도, 이러한 자격의 취득이 행위자 자신의 행위가 죄가 되지 않는다고 믿게 할 만한 정당한 이유가 되지 않는다는 것이다.

생각건대, 자격기본법이라는 법령의 정당성을 신뢰한 경우, 법률은 가능한 한 한 사리에 맞게 제정하려는 입법자의 고도의 능력, 즉 권위에 기초하고 있다는 점에서도 신뢰받을 만한 계기를 부여하므로, 법률을 올바르게 해석하고 그 효과를 합리적으로 판단할 수 있는 사람이 심사숙고를 통해 위법성을 인식할 수 없었다면 정당한 이유에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.⁹⁷⁾ 그러므로 자격기본법이라는 법령에 의해 부여된 대체의학자격증을 소지한 자가 침술업을 한 것은, 착오에 정당한 이유가 있는 것으로 보아야 한다. 이 판례에서는 해당 자격증이 공인되지 않은 민간자격증이라는 점을 지적하였으나, 대법원의 정당한 이유 판단에는 자격증의 정부 “공인”여부는 문제되지 않는다.⁹⁸⁾ 대체의학 민간자격증은 물론, 공인된 활법 종목의 사회체육지도자 자격증을 취득하고 자신의 행위가 무면허의료행위에 해당하는 죄가 되지 않는다고 믿은 경우도, 정당한 이유는 인정되지 않는다.

이는 “법률 간의 체계의 부정합”의 문제로, 일정한 자격을 갖춘 일반인에

96) 대법원은 “자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학자격증을 수여받은 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하였다고 하더라도 국가의 공인을 받지 못한 민간자격을 취득하였다는 사실만으로는 자신의 행위가 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 사유가 있었다고 할 수 없다.”라고 판시하였다.

97) 천진호, 「금지착오에 있어서 정당한 이유」, 박사학위 논문, 경북대학교 법학과, 1996, 제133~134면 참조.

98) 대법원 2002.5.10. 선고, 2000도2807 판결에서, 대법원은 정부 “공인”의 체육종목인 활법 종목의 사회체육지도자 자격증을 취득하고 기공원을 운영하고 있더라도, 정당한 이유가 없다고 판단하였다.

제도 대체의학자격증을 부여하는 자격기본법과, 의료인이 아닌 자의 의료 행위를 전면 금지하는 의료법의 갈등구조를 나타내는 경우이다. 판례는 이와 같은 “법률 간의 체계적 부정합”이 있는 경우, 시민이 조회의무를 다하지 않았음에도, 법률의 착오에 정당한 이유가 있을 수 있음을 인정한 바 있다.⁹⁹⁾ 무면허의료행위 사안에서도 정당한 이유를 인정하는 것이 바람직할 것이다.

나. 행정기관의 회신(법해석)을 신뢰한 경우

판례는 안마사인 피고인이 자신의 침시술행위가 범죄를 구성하지 아니한다고 오인하였어도, 정당한 이유가 없다고 판시하였다. 대법원 1992. 9. 8. 선고, 92도1221 판결에서, 대법원은 “보건사회부장관이 안마사협회의 질의에 대해” 안마사에 관한규칙 제2조¹⁰⁰⁾ 중 “기타의 자극요법”에는 안마의 보조요법으로 교육법 제143조의 규정에 의하여 설치된 맹학교(고등부)에서 배운 자극요법을 포함하는 것으로 보아야 할 것이다”라는 회신을 보낸 일이 있었고 맹학교(고등부) 교육과정에 침시술교육이 포함되어 있다 하더라도 피고인이 안마의 보조요법으로서가 아니라 질병의 치료를 목적으로 침시술 행위를 한 이상 피고인이 자신의 침시술행위가 범죄를 구성하지 아니한다고 오인하였다 하더라도 그 오인에 정당한 이유가 있다고는 할 수 없다”고 판시하였다.¹⁰¹⁾

99) 대법원 2002.5.14. 선고, 2002도344판결. 18세 미만의 자를 연소자로 규정하였던 (舊) 음반, 비디오물게임물에관한법률(1999.2.8. 법률 제5925호로 제정되어 1999. 5. 8.부터 시행) 및 시행령과 19세미만의 자를 청소년으로 규정하였던 (구)청소년보호법(1999. 2.5. 법률 제5817호로 개정되어 1999. 7. 1. 시행)의 차이로 인하여, 연소자가 아닌 청소년, 즉 18세 이상 19세미만의 자에 대한 비디오감상실 출입의 허용여부에 대하여 혼란이 있었다. 이에 대하여 조 국, “법률 간의 부정합과 금지착오”, 『이재상교수화갑기념논문집』, 2003, 제509면 이하.

100) 안마사에 관한 규칙 제2조 참조.

101) 유사한 하급심의 판결로, 서울고등법원 1998.5.19. 선고, 97노1702 판결에서, “한약업사가 기성한약서의 처방에 따라 한약을 혼합판매하기 위한 상담의 목적으로 행하는 단순한 사진(사진, 청진, 문진, 촉진)행위는 적정 업무수행상 가하다는 보건복지부장관의 1991.10.15. 자 질의회신에 따른 것으로 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지

그러나 행정기관의 회신을 신뢰한 경우는 국민이 행정기관의 결정의 정당성 또는 존속성에 대해 신뢰했을 때, 그 신뢰가 보호받을 가치가 있는 한 그 신뢰를 보호해주어야 할 것이다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾ 상술한 판례에서도, 실상 안마 행위에서 설령 질병치료의 목적이 있었더라도, 보건복지부 장관의 회신에 의해 침시술행위가 범죄를 구성하지 않는다고 오인하였다면, 착오에 정당한 이유를 인정해주어야 할 것이다. 안마의 보조요법으로 행하는 자극요법과 질병치료목적의 침시술은 이 사안의 경우에는 구분하기가 어렵고, 안마 사협회에서는 자신들 고유의 업무영역을 확인하려는 노력은 한 것이라 볼 수 있기 때문에, 이 판례의 경우, “정당한 이유”를 인정해서 법률의 착오를 인정해야 하는 것이 타당할 것이다.

다. 직무수행이나 직무범위내의 행위로 신뢰한 경우

대법원 1995. 4. 7. 선고, 94도1325 판결에서, 대법원은 활법 종목의 사회체육지도자 자격증을 취득하고 당국의 인가를 받아 활법원을 운영하는 자가 활법원으로 찾아오는 환자들에게 신체불균형상태를 교정한다 하여 압박 등의 시술을 반복한 경우, 활법을 체육종목으로서 공인하거나 그 지도자 자격을 부여하는 것 등은 신체활동을 통하여 건전한 신체와 정신을 기르고 여가를 선용하고자 하는 체육활동으로서의 일반적인 활법의 지도를 위

아니하는 것으로 오인한 행위로서, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 해당하여 별할 수 없음에도 불구하고 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하여 처단한 것은, 형법 제16조 소정의 법률의 착오에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다”는 항소이유에 대해, 문제되는 행위는 질의회신에서 들고 있는 사진행위임을 부인하고 의료행위에 속한다고 판단하여 피고인 스스로 죄가 되지 않는다고 착오한 데에 정당한 이유가 없다고 판시했다.

102) 천진호, 「금지착오에 있어서 정당한 이유」, 박사학위 논문, 경북대학교 법학과, 1996, 제142면 참조.

103) 판례는 행정기관의 회신을 신뢰한 경우 정당한 이유의 판단기준으로 인정한 예가 있는가 하면 그렇지 않은 예가 혼재해 있다. 전자로는 대법원 1992.5.22. 선고, 91도2525 판결; 대법원 1993.9.14. 선고, 92도1560 판결; 대법원 1995.7.11. 선고, 94도1814 판결 등이 있고, 후자로는 대법원 1991.8.27. 선고, 91도1523 판결; 대법원 1989.2.14. 선고, 87도1860 판결 등이 있다.

한 것이지 그 외에 법률에서 금지하는 무면허 의료행위까지도 (그 직무범위에서) 할 수 있도록 허용하는 취지는 아닌 것으로 보고, 정당한 이유를 인정하지 않았다.

그런데 개인의 생활권과 직업권에 따라 위법성인식에 대한 심사속고와 조회의무의 정도가 다르므로, 행위자의 직업은 자신의 행위의 위법성을 인식할 수 있는 계기가 되고, 인식에 대한 기대가능성을 판단할 수 있는 중요한 기준이 된다.¹⁰⁴⁾ 그러므로 행위자가 직업 활동의 일부로 반복하여 행하고 자기의 업무범위 내에 속하는 행위로 오인하였을 경우 위법성인식의 결여에 “정당한 이유”가 있는 것으로 보아야 한다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

3. 무면허의료행위에 관한 판단에서의 법률의 부지

대법원 판례는 법률의 부지를 법률의 착오의 유형으로 인정하지 않는다. 그러나 생활세계에서 무면허의료행위는 사실상 법률의 존재 자체를 몰라서 행해질 수 있다는 점을 생각해야 할 것이다. 일반인으로서 법령이 규제하는 행위가 “범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로 족하고, 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하는 것을 아니”어서,¹⁰⁷⁾ 형법에서 위법성인식 또는 불법의식은 자신의 행위가 공동체의 법질서에 어긋나고 법적으로 금지되고 있다는 인식을 의미하여, 구체적인 구성요건이나 형벌규정에 대한 인식까지 요구하는 것은 아니다.¹⁰⁸⁾

104) 천진호, 「금지착오에 있어서 정당한 이유」, 박사학위 논문, 경북대학교 법학과, 1996. 제153면 참조.

105) 관련 판례로 대법원 1975.3.25. 선고, 74도2882 판결; 대법원 1986.10.28. 선고, 86도1406 판결 등.

106) 상술한 대법원 1992.9.8. 선고, 92도1221 판결에서도, 이러한 관점에서 정당한 이유를 인정할 수 있을 것으로 본다. 행위자가 안마 행위를 업무내용에 속하는 것으로 오인한 것으로 착오에 정당한 이유가 있다고 볼 수 있을 것이다.

107) 대법원 1987.3.24. 선고, 86도2673 판결.

108) 이에 대하여 임 용, 『형법총론』, 법문사, 2002, 제292면 참고.

그러나 법률의 존재도 알지 못하는데 위법성의 인식이 있을 리 없기 때문에, 이러한 위법성인식이 결여된 법률의 착오에 법률의 부지가 포함되어야 할 것이다. 의료영역에서도 생활세계에서 관습적으로 해오던 행위, 일반인에 의해 행해져왔으나 지금은 그 행위를 금지하는 행위라면, 만일 행위자가 법률의 존재를 알지 못했다면 법률의 착오의 문제로 다루어, 정당한 이유를 심사해야 할 것으로 본다.

IV. 결론

현행 의료법 제27조 제1항은 무면허의료행위를 전면 금지하고 있다. 어떤 행위가 무면허의료행위인지 여부를 판단할 때, 첫째, 논의의 대상이 되는 개별 사안에서 행위 자체가 의료행위인가 여부의 판단, 둘째, 의료행위로 판명된 그 행위가 면허가 필요한 행위인가 여부의 판단, 셋째, 의료행위가 면허 받은 범위 내의 합당한 행위인가 여부의 판단을 거친다. 이와 같은 단계를 거쳐 무면허의료행위로 판명된 행위는 법적 규율을 받는 것이다.

그러나 의료법 제27조 제1항의 구성요건은 분명하지 않기 때문에 명확성의 원칙에 어긋나고, 이 때문에 금지의 실질의 착오를 일으킬 여지가 많다. 대법원이 무면허의료행위에 대한 금지와 처벌을 판시한 판례들 중에서도 법률의 착오의 관점에서 바라본 예는 드물고, 그 중에서 착오의 정당한 이유를 인정하지 않은 명확한 논증을 찾을 수 없다.

형법 제16조에 대한 우리 대법원의 해석은 일관적인 지침이 없으며, 정당한 이유의 인정범위가 협소하여, 시민으로서의 자신이 어느 정도까지의 불법통찰을 해야 하는지 알 수 없게 한다. 행위자가 국가기관이나 전문가에게 자신의 행위의 위법성 여부를 성실히 조회하고 그 회신에 의존하여 행위하였다면, 적어도 형법 제16조의 정당한 이유가 있는 것으로 보아야 한다. 또한 행위자가 이러한 조회를 하지 않았더라도 법률의 내용이나 법원

의 판례, 행정기관의 공문이나 지침 등 국가기관의 결정이나 조치에 대하여 선의를 가지고 신뢰하고 의존하였고 이것이 합리적이었다면 정당한 이유가 있다고 보아야 한다.

무면허의료행위에 관한 법률의 착오 사례에서는 법원은 모두 정당한 이유를 부정했다. 그러나 대법원은 약사법관련판례에서는 정당한 이유를 인정하고 법률의 착오를 인정한 한 바 있다.¹⁰⁹⁾ 무면허의료행위의 법률의 착오의 문제에서도 정당한 이유를 폭넓게 해석하는 것이 타당할 것이다. 무면허의료행위를 규제하되, 보다 합리적인 규제 방안을 모색하는 것이 궁극적으로 의료인의 진료권의 보호에도 도움이 될 것으로 본다.

주제어 : 무면허의료행위, 의료행위, 법률의 착오, 정당한 이유

109) 대법원 1995.8.25. 선고, 95도717 판결. 대법원은 “가감삼십전대보초와 한약 가지 수에만 차이가 있는 십전대보초를 제조하고 그 효능에 관하여 광고를 한 사실에 대하여 이전에 검찰의 혐의 없음 결정을 받은 적이 있다면, 피고인이 …자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 믿을 수밖에 없었고, 또 그렇게 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다”고 하였다.

[참 고 문 헌]

- 김영환, “법률의 부지와 형법해석학적 문제점”, 『이재상교수화갑기념논문집』, 2002.
- 김재윤, “무면허 대체의료행위의 형사법적 책임 - 대법원 2005.4.29, 2004도 7412 판결-”, 『비교형사법연구』, 제8권 제1호, 2006.
- 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 제39호, 고려대학교 법학연구원, 2002.
- 문국진, “병원행정관리와 관계된 사례와 그 문제점의 법의학적 고찰”, 『검찰』, 제82호, 1981.
- 박영호, “공동의료행위와 법적 책임”, 『대한의사협회지』, 제492호, 2001.
- 신양균, “금지착오”, 『고시계』, 제346호, 한국고시학회, 1985.
- 신현호, 『의료소송총론-의료행위와 의사의 법적 책임』, 육법사, 1997.
- 윤석정, “의료법상의 무면허의료행위”, 『검찰』, 71, 1978.
- 안성조, 『형법상 법률의 착오론』, 경인문화사, 2006.
- 이인영, “무면허의료행위에 관한 일 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999.
- 이상돈, “무면허의료죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 『고려법학』, 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003.
- _____, “무면허의료죄-현황, 구조, 한계, 대안-”, 『제5회 피부과 병원 경영 심포지엄』, 2003.
- _____, 『형법학』, 법문사, 1999.
- 임 용, 『형법총론 개정판』, 법문사, 2002.
- 정현미, “법률의 착오에서 정당한 이유의 판단기준”, 『이재상교수화갑기념논문집』, 2002.
- 조 국, “법률의 부지 및 착오 이론에 대한 재해석”, 『형사정책연구』, 제12권 제2호, 2001.
- _____, “법률 간의 부정합과 금지착오”, 『이재상 교수 화갑기념논문집』, 2002.
- 천진호, 「금지착오에 있어서 정당한 이유」, 박사학위 논문, 경북대학교 법학과, 1996.
- 하태훈, “회피불가능한(정당한 이유 있는) 금지착오”, 『고시연구』, 제233호, 1993.

한현구, “한방의료행위의 불법성 규제와 요건충족의 한계(상)-무면허 의료행위는 어떤 경우에 성립되는가-”, 『의림』, 제187호, 1988.

황종국, “무면허의료행위 전면금지제도의 문제점과 대처방안”, 『대한한약』, 제4호, 2000.

황만성, “무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념”, 『형사판례연구』, 제14호, 2006.

Roxin·Stree·Zipf·Jung, Einführung in das neue Strafrecht 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1975.

The Regulation of Unlicensed Medical Practice and Mistake of Law

Do-Hee Jeong

part-time lecturer at Dankuk University

=ABSTRACT=

Under the existing law, an act included in medical practice by medical personnel seems to be irrelevant to whether the act concerned in the “Life World” is in the category of medical practice. In spite of the act having been done according to the custom for a long time, and generally done by individuals in the “Life World”, these kinds of acts have been banned by law, because if these acts were done by the general individuals, it would be considered as harmful behavior to human life and body. And it is not sure that individuals know such a ban or notification. This cause a “Mistake of Law”. Also it is happened if someone knows the existence of law but believes that his/her act is not included. For treating the problem of “Mistake of Law” of unlicensed medical act, in this study I inquired thoroughly into the category and regulation of unlicensed medical act, uncertainty of the Medical Services Law the first Section of Article 27, the prohibition of unlicensed medical act. The “Composition Condition” of the first Section of Article 27 of the Medical Services Law is not certain, it doesn’t meet the “Doctrine of Clearance”, and it cause the “Mistake of Law”. Also it doesn’t meet standardization of constitutional state. An exceptional decision of Pusan District Court, the debate about unlicensed medical practice, constitutional decision on unlicensed medical practice of the Constitutional Court of Republic of Korea and point of view of support of regulation. Also I examined the problem of “Mistake of Law” that the regulation of unlicensed medical practice has. I tried to solve uncertainty of “Composition Condition” and proposed a direction of regulation for solving

the “Mistake of Law” and the use of existing law.

Keyword : Unlicensed Medical Practice, Medical Practice, Mistake of Law,
Rational Reason