

변호인 의견서

사 건 2018고정1430 의료법위반방조 등

피 고 인 손중양 외2

위 사건에 관하여 피고인들의 변호인은 다음과 같이 공소사실에 대한 의견을 밝힙니다.

다 음

1. 공소사실의 요지

가. 피고인 이상진

의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없고 침뜸 시술은 한의사 자격을 가진 사람이 직접 하여야 함에도 불구하고, 피고인은 '모듬살이연대' 소속 월요일 담당 봉사팀 장으로서 다른 봉사자인 한영근, 이희경, 신풍호, 광귀옥, 현정숙 등과 함께 2015. 11.경부터 2018. 4. 23.경까지 사이에 '모듬살이연대' 건물 안에서 매주 월요일마다 위 장소를 방문한 불특정 다수인을 상대로 침뜸 시술을 해주는 방법으로 무면허 의료행위를 하였다.

나. 피고인 김숙희

피고인은 '모듬살이연대' 사무국장으로서 피고인 이상진 등이 불특정 다수인

을 상대로 침뜸 시술을 하는 것을 알면서도 이를 돕기 위하여 의료용 침상과 의료 용구 등을 갖춘 시설을 제공하고, 환자에 대하여 진료기록부 유사하게 작성된 기록부를 보관·관리하였으며, 불특정 다수인이 침뜸 시술을 받고 후원금 형식으로 ‘모듬살이연대’에 납부하는 금원을 관리하면서 사무실 유지비, 침뜸 시술에 필요한 물품 구입비 등으로 사용하여 그 범행을 용이하게 하여 피고인 이상진 등의 무면허 의료행위를 방조하였다.

다. 피고인 손중양

피고인은 피고인 김숙희의 남편으로서 사단법인 허임기념사업회 대표를 맡고 있다. 피고인은 피고인 이상진 등이 ‘모듬살이연대’ 소속으로서 불특정 다수인을 상대로 침뜸 시술을 하는 것을 알면서도 이를 돕기 위하여, 침뜸 시술을 할 봉사자들을 원활하게 공급할 목적으로 침뜸 교육과정을 개설한 뒤 침뜸 시술을 홍보하고 교육생들로 하여금 ‘모듬살이연대’에서 실습 및 견학하게 하는 방법으로 ‘모듬살이연대’에서 침뜸 시술을 할 수 있는 봉사자들을 배출하였으며, 피고인의 지인들에게 모듬살이연대에서 침뜸 시술받을 것을 추천하는 등 그 범행을 용이하게 함으로써 피고인 이상진 등의 무면허 의료행위를 방조하였다.

2. 공소사실에 대한 의견

가. 피고인 이상진

- (1) 피고인 이상진이 공소사실 기재와 같이 불특정 다수인을 상대로 침뜸 시술을 한 사실은 인정합니다.

(2) 처벌 근거법조의 위헌성

피고인에 대한 처벌 근거가 되는 법률조항은 의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항입니다. 헌법재판소는 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19 사건에서 이들 법률조항에 관하여 5인의 위헌의견과 4인의 합헌의견으로 합헌결정을 하였습니다.

헌법재판관 4인은 “국가는 의료행위의 태양이나 생명·신체에 대한 위험성에 따라 다양한 의료인의 자격을 설정함으로써, 의료소비자인 국민으로 하여금 적절한 비용이나 접근성에 맞는 의료행위를 선택할 수 있게 해야 한다. 예를 들면, 침구(鍼灸)는, 생명·신체에 대한 위험성이나 부작용에 있어서 통상의 의료행위와 비교가 될 수 없을 만큼 낮음에도 불구하고 이러한 의료행위까지 현행 의료인에게 독점시키는 것은 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민의 건강권을 최대한 보장하는 수단이라고 할 수 없다. 한편 입법목적은 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권을 덜 침해하는 수단으로, 독일의 치료사 제도, 미국의 침술사 제도, 일본의 의업유사행위자 제도 등이 있는바, 우리나라의 경우, 현행 의료법 제81조의 의료유사업자에 “침구사 자격시험에 합격한 자”를 포함시켜 침구 등을 행할 수 있는 의료유사업자를 신규로 인정함으로써, 국민으로 하여금 경제성과 접근성을 고려한 최선의 의료행위를 선택할 수 있게 할 수 있다. 그렇다면 이 사건 조항들이, 사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 대하여 이에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”고 위헌의견을 제시하였습니다.

헌법재판관 1인은 “이 사건 조항들은 제도권 의료인에게만 의료행위를 독점토록 해주고 이를 위해 비의료인에 의한 의료행위를 모두 금지시킨 뒤 이에 위반하면 형사처벌까지 함으로써, 의료소비자인 국민이 i) 의료인에 의해 치료불가 판정을 받았거나 ii) 과도한 비용 때문에 의료인에 의한 의료행위를 선택할 수 없거나 iii) 비의료인에 의한 의료행위를 선택했지만 결과적으로 질병이 치료되었거나 iv) 일부 침, 뜸, 자석요법 등과같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일절 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해한다”며 위헌의견을 밝혔습니다.

합헌의견을 밝힌 헌법재판관 4인 중 1인도 “의료유사행위 또는 보완대체의학에 의한 치료방법을 연구와 검증을 통하여 의료행위에 포함시키거나 별도의 제도를 두어 국민이 이를 이용할 수 있게 하는 것이 헌법 제36조 제3항의 취지에 보다 부합한다.”는 의견을 밝혔습니다.

비록 위헌결정을 위한 정족수에 이르지 못해 위헌결정이 내려지지 않았지만, 위헌 의견을 표명한 재판관이 다수이고 합헌의견 중 1인도 사실상 헌법불합치 내지 입법축구결정에 버금가는 의견을 밝혔습니다.

피고인은 이 사건 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 할 계획입니다. 국민의 의료행위 선택권을 보다 충실하게 보장하여야 한다는 목소리가 더욱 커지고 있는 만큼 위헌결정의 가능성이 높습니다. 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 이루어지면 처벌의 근거법조가 없으므로 당연히 무죄가 선고되어야 할 것입니다.

(3) 침뜸 시술은 의료행위가 아님

의료법 제27조 제1항에서 말하는 ‘의료행위’라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 치료 또는 치료행위와 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건 위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말합니다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도3365 판결 등 참조).

대법원은 쑥뜸시술을 한 사건에서 “피고인의 쑥뜸시술 방법은 시술을 받는 사람의 복부 부위에 수건을 깔고 그 위에 뜸구를 올려놓은 다음 그 속에 쑥을 넣고 태워 그 열기가 피부에 간접적으로 가하여지도록 하는 이른바 간접구 방식인 사실, 피고인이 위와 같이 쑥뜸을 시술함에 있어 사용한 기구는 일반인도 시중에서 쉽게 구입하여 가정에서 사용할 수 있는 종류의 기구인 사실 등을 알 수 있다. (중략) 피고인이 쑥뜸시술에 사용한 기구 및 시술 내용은 의학적인 전문지식이나 기술 없이도 일반인이 직접 가정에서 사용할 수 있는 방법으로 의료인이 아닌 사람에게 그와 같은 시술행위를 허용한다고 하더라도 일반공중의 위생에 위험을 초래한다고 보기어렵다.”고 판시하였습니다. 간접구 방식에 의한 뜸시술이 의료행위에 포함되지 않는다고 판시한 것입니다.

대전지방법원 홍성지원은 2018. 5. 31. 선고 2017고정249 의료법위반 사건에서, “피고인이 한 뜸 시술 방법은 쑥 등의 재료를 인체의 특정 부위에 원뿔 모양으로 올려놓고 불을 붙이는 방버브울 사용하는 이른바 직접구 방식인데, 쌀알 반 정도 크기의 원뿔 모양의 뜸 쑥을 뜸 자리(경혈)에 놓고 태워 약 60

내지 70도의 열로 가벼운 화상을 입혀 이때 발생하는 이중 단백질(히스토톡신)라는 물질을 통해 인체의 면역능력을 증진시키는 것이다. 뜸 쑤이 타는 시간은 1-2초 정도이고 동일 부위에 3-5회 정도 실시한다. 이러한 쑤뜸 시술로 인해 최대 1도 정도의 화상을 입을 수 있는데 피부가 붉어지는 정도이고 의도적으로 다른 자극을 주지 않거나 이내 연속해서 뜸을 며칠 뜨지 않으면 자연적으로 없어지는 정도로 보인다. 위와 같은 쑤뜸을 시술함에 있어 사용하는 기구(라이터, 향 등) 및 재료는 일반인도 시중에서 쉽게 구입하여 가정에서 사용할 수 있다. (중략) 이처럼 쑤뜸 시술에 사용한 기구 및 시술 내용은 의학적인 전문지식이나 기술 없이도 일반인이 직접 가정에서 사용할 수 있는 방법이므로 의료인 아닌 사람에게 그와 같은 시술 행위를 허용한다고 하더라도 일반공중의 위생에 위험을 초래한다고 보기는 어렵다.”고 하여 직접구 방식에 의한 뜸 시술도 의료행위에 포함되지 않는다고 판시하였습니다.

피고인이 행한 뜸 시술 행위는 위 대전지방법원 홍성지원 사건과 동일하므로 의료행위가 아닙니다.

침 시술도 뜸 시술과 마찬가지로 의료행위가 아닙니다.1) 모듬살이연대에서 수천명이 침 시술을 받았지만 의료사고는 단 한 건도 없었습니다. 침 시술을 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건 위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’로 보기 어려운 것입니다.

1) 제81조도 침구행위를 의료행위와 구분하여 의료유사행위로 규정하고 있습니다.

제81조(의료유사업자)

- ① 이 법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 접골사(接骨士), 침사(鍼士), 구사(灸士)(이하 "의료유사업자"라 한다)는 제27조에도 불구하고 각 해당 시술소에서 시술(施術)을 업(業)으로 할 수 있다.
- ② 의료유사업자에 대하여는 이 법 중 의료인과 의료기관에 관한 규정을 준용한다. 이 경우 "의료인"은 "의료유사업자"로, "면허"는 "자격"으로, "면허증"은 "자격증"으로, "의료기관"은 "시술소"로 한다.
- ③ 의료유사업자의 시술행위, 시술업무의 한계 및 시술소의 기준 등에 관한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

결국 피고인이 행한 침뜸 시술은 의료법 제27조 제1항의 '의료행위'가 아니므로 피고인의 행위는 의료법위반(무면허의료행위)의 구성요건해당성이 없습니다.

(4) 정당행위에 해당

대법원은 이른바 수지침 사건에서 “수지침 시술행위도 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당하며, 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사실만으로도 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이나, 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사실과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다.”고 판시하였습니다(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결).

이 사건 침 시술도 정당행위의 요건을 모두 갖추었으므로 위법성이 없습니다.

구 보건사회부는 1988. 2. 8. 당시 대한안마사협회의 안마사의 업무 범위에

대한 청원 회신에서 안마사에 관한 규칙 제2조(안마사의 업무범위) 중 ‘그 밖의 자극요법’에 3호침 이하의 침시술이 포함된다는 내용의 유권해석을 내림으로써 시각장애인 안마사의 침시술을 제도권에 포함시킨 바가 있습니다. 3호침은 지름 0.25mm, 길이 5cm의 침입니다. 지금도 맹인 안마사들은 안마시술 과정에서 3호침을 자극요법의 하나로 사용하고 있습니다. 맹인조차도 일정한 교육과정을 거치면 안전하게 침 시술을 행할 수 있음을 분명하게 보여주는 대목입니다. 피고인도 맹인 안마사들과 마찬가지로 3호침을 사용하여 시술했습니다. ① 이처럼 일정한 교육과정을 거친 사람들의 3호침을 이용한 침 시술이 보편화된 점, ② 피고인은 아무런 대가를 받지 않고 무료로 봉사 활동을 해온 점, ③ 피고인은 2007년경 구당 김남수로부터 1년 동안 교육과정을 거쳐 침뜸 자격증을 취득한 점, ④ 피고인은 2008년경부터 현재까지 2,000명 이상에 대해서 침뜸 시술행위를 하였으나 단 한 차례의 의료사고도 발생하지 않았다는 점, ⑤ 피시술자들은 대부분 피고인의 시술을 통하여 통증 완화 등 효과를 보았다는 점 등을 고려할 때, 피고인의 침뜸 시술 행위는 위 수지침 시술에 관한 대법원 판례에서 밝힌 정당행위 요건을 모두 충족한다고 할 것입니다.

따라서 피고인의 이 사건 침뜸 시술 행위가 의료행위에 포함된다고 전제하더라도, 이는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것입니다.

(5) 소결

따라서 피고인의 의료법위반은 성립되지 않습니다.

나. 피고인 김숙희

- (1) 피고인이 모듬살이연대 사무국장으로서 의료용 침상과 의료 용구 등을 갖춘 시설을 제공하고 환자에 대하여 작성된 기록부를 관리한 사실관계 자체는 인정합니다.
- (2) 그러나 피고인 이상진 등의 의료법위반이 성립되지 않으므로 피고인의 의료법위반방조도 성립하지 않습니다.

다. 피고인 손중양

- (1) 피고인 이상진 등의 의료법위반이 성립되지 않으므로 피고인의 의료법위반방조도 성립하지 않습니다.
- (2) 방조행위에 해당하지 아니함

검사는 ‘침뜸 기술을 할 봉사자들을 원활하게 공급할 목적으로 침뜸 교육과정을 개설한 행위, 교육생들로 하여금 모듬살이연대에서 실습 및 견학을 하게 하는 방법으로 봉사자들을 배출한 행위, 지인들에게 모듬살이연대에서 침뜸 기술받을 것을 추천하는 행위’를 의료법위반의 방조행위로 특정하고 있으나, 위와 같은 행위들은 피고인 이상진 등의 실행행위(침뜸기술)를 용이하게 하는 행위로 보기 어렵습니다.²⁾ 따라서 공소사실을 전제로 하더라도 의료법위반방조는 성립하지 않습니다.

게다가 모듬살이연대 봉사자들의 대부분은 허임기념사업회가 아니라 ‘뜸사

2)

량' 출신이며³⁾, 봉사활동 견학은 교육과정의 일부로서 봉사자 배출과는 무관하고, 교육수료생의 봉사활동 여부는 순전히 본인 의사에 따른 선택입니다.

(3) 방조 고의의 부존재

피고인은 피고인 이상진 등의 침뜸시술을 용이하게 한다는 인식 하에 침뜸 교육을 행한 사실이 없습니다. 피고인은 침뜸 시술을 행할 봉사자들을 공급할 목적으로 침뜸 교육과정을 개설하지 않았고, 교육생들도 허임기념사업회에서 침뜸을 배워 본인과 가족, 지인들의 건강을 증진시키려고 하였던 것이지 봉사자가 되려고 교육과정을 수료하지 않았습니다. 실제로 교육생 중에서 모듬살이연대에 가입하여 봉사활동을 하는 사람은 소수에 불과하고, 이는 전적으로 해당 교육생의 자발적인 선택일 뿐입니다.

(4) 소결

결국 피고인 이상진의 의료법위반이 성립하지 아니하고, 피고인의 방조행위 및 방조 고의가 없었으므로, 피고인의 의료법위반방조는 성립하지 않습니다.

3. 결론

이 사건 공소사실은 모두 이유 없으므로 피고인들에게 모두 무죄를 선고하여 주시기 바랍니다.

3) 이상진과 공소의 김성용, 류지용, 박태동, 문영현 중에 허임기념사업회에서 교육을 받은 사람은 한 명도 없습니다.

2018. 7. 17.

위 피고인들의 변호인

법무법인 향법

담당변호사 이 재 화

김 종 귀

서울중앙지방법원 형사23단독 귀중