

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019두50014 의사면허자격정지처분취소
원고, 상고인 원고
소송대리인 법무법인 엘케이파트너스
담당변호사 배준익
피고, 피상고인 보건복지부장관
원 심 판 결 대전고등법원 2019. 8. 8. 선고 2018누12136 판결
판 결 선 고 2020. 1. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

(1) 의사인 원고가 2013. 2. 14. 자신이 운영하는 병원에 없는 상태에서 전화로 간호

조무사 소외 1에 지시하여 소외 2 등 3명에게 처방전을 발행하도록 지시하였고, 그에 따라 소외 1은 처방전을 발행하였다(이하 '이 사건 위반행위'라 한다). 소외 1은 이 사건 위반행위에 관하여 수사를 받으면서 '소외 2 등 3명이 내원하자, 자신이 원고에게 전화를 하여 원고로부터 전에 처방받은 내용과 동일하게 처방을 하라는 지시를 받았고, 이에 따라 자신이 원고의 컴퓨터에서 대상 환자를 클릭한 다음 동일하게 체크를 한 후 처방전을 출력하여 환자에게 교부하였다'는 내용으로 진술하였다.

(2) 원고는 이 사건 위반행위로 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 의료법'이라 한다) 제17조 제1항 위반죄가 인정되어 벌금 200만 원의 선고유예 판결을 받았고(청주지방법원 2016. 12. 2. 선고 2016고정870 판결), 그 판결은 그대로 확정되었다.

(3) 피고는 2017. 1. 10. 원고에 대하여 '이 사건 위반행위가 의료인이 아닌 간호조무사 소외 1로 하여금 의료행위를 하게 한 것이어서 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당한다' 등의 처분사유를 들어 의사면허 자격정지 2개월 10일을 명하는 이 사건 처분을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점은 이 사건 위반행위가 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당하는지 여부이다.

2. 관련 규정과 법리

가. 구 의료법 제17조 제1항 본문은 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송하지 못한다고 규정하고 있다. 이는 진단서·검안서·증명서 또는 처방전이 의사 등이 환자를 직접 진찰하거나 검안한 결과를 바탕으로 의료인으로서

의 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태 등을 증명하고 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 사회적 기능을 담당하고 있어 그 정확성과 신뢰성을 담보하기 위하여 직접 진찰·검안한 의사 등만이 이를 작성·교부할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 의사 등이 직접 진찰하여야 할 환자를 진찰하지 않은 채 그 환자를 대상으로 표시하여 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성·교부하였다면 구 의료법 제17조 제1항 위반에 해당한다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2014도12608 판결 등 참조). 다만 위 조항은 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항은 아니므로, 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '직접 진찰'을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결 참조).

구 의료법 제17조 제5항의 위임에 따른 구 의료법 시행규칙 제12조 제1항(2015. 1. 2. 보건복지부령 제282호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 의사나 치과의사가 환자에게 처방전을 발급하는 경우 별지 제9호 서식의 처방전에 '처방 의약품의 명칭·분량·용법 및 용량' 등을 적은 후 서명하거나 도장을 찍어야 한다고 규정하고 있고, 그 별지 제9호 서식에는 처방 의약품의 명칭, 1회 투약량, 1일 투여횟수, 총 투약일수 등을 기재하도록 되어 있다.

나. 구 의료법 제27조 제1항은 의료인에게만 의료행위를 허용하고, 의료인이라고 하더라도 면허된 의료행위만 할 수 있도록 하여, 무면허 의료행위를 엄격히 금지하고 있다. 여기서 '의료행위'란 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에

의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2017도19422 판결 등 참조).

다. 구 의료법은 제17조 제1항을 위반한 사람에 대해서는 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처하는 반면(제89조), 제27조 제1항을 위반한 사람에 대해서는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제87조 제1항 제2호). 또한 구 의료법 제68조의 위임에 따른 구 「의료관계 행정처분 규칙」(2013. 3. 29. 보건복지부령 제190호로 개정되기 전의 것) 제4조 [별표] '행정처분기준'은 의료인이 구 의료법 제17조 제1항을 위반하여 처방전을 발급한 경우 자격정지 2개월 처분을 하는 반면[제2호 가. 5)항], 의료인이 구 의료법 제27조 제1항을 위반하여 의료인이 아닌 자로 하여금 무면허의료행위를 하게 한 경우 자격정지 3개월 처분을 하도록 규정하고 있다[제2호 가. 19)항]. 이처럼 구 의료법 제17조 제1항과 제27조 제1항은 입법목적을 달리하며, 그 요건과 효과를 달리하는 전혀 별개의 구성요건이다.

3. 이 사건에 관한 판단

가. 이러한 사실관계를 앞서 본 관련 규정들과 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

(1) 소외 2 등 3명은 종전에 원고로부터 진찰을 받고 처방전을 발급받았던 환자이므로, 의사인 원고가 간호조무사 소외 1에게 소외 2 등 3명의 환자들에 대하여 '전에 처방받은 내용과 동일하게 처방하라'고 지시한 경우 특별한 사정이 없는 한 처방전 기재 내용은 특정되었고, 그 처방전의 내용은 간호조무사 소외 1이 아니라 의사인 원고가 결정한 것으로 보아야 한다.

(2) 설령 원고가 소외 2 등 3명의 환자들과 직접 통화하여 상태를 확인하지 않은 채

소외 1에게 처방전 작성·교부를 지시하였다고 하더라도, '직접 진찰한 의사가 아니면 처방전 등을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다'고 규정한 구 의료법 제17조 제1항 위반이 되는 것은 별론으로 하고, 소외 1이 처방전의 내용을 결정하였다는 근거는 되지 못한다.

(3) 의사가 처방전의 내용을 결정하여 작성·교부를 지시한 이상, 그러한 의사의 지시에 따라 간호사나 간호조무사가 환자에게 처방전을 작성·교부하는 행위가 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

나. 그런데도 원심은, 원고가 소외 1에게 지시한 것은 처방전 작성·교부를 위한 세부적인 지시가 아니라는 등의 이유를 들어, 원고가 의료인이 아닌 소외 1에게 의료인에게만 허용되는 의료행위인 '처방'에 필수적인 처방전 작성·교부행위를 하도록 지시함으로써 구 의료법 제27조 제1항을 위반하였다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 구 의료법 제27조 제1항의 무면허의료행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

안철상

대법관 박상욱

대법관 노정희

주 심 대법관 김상환