

대법원 2022. 12. 22. 선고 전원합의체 판결 요지

형 사

2016도21314 의료법위반 (자) 파기환송

[한 의사가 초음파 진단기기를 사용하여 한 한의학적 진단행위에 대하여 무면허의료행위로 인한 의료법위반죄로 기소된 사건]

◇1. 한 의사의 진단용 의료기기 사용이 무면허 의료행위에 해당하는지 여부를 판단하는 기준, 2. 한 의사가 초음파 진단기기를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용한 행위가 구 의료법 제27조 제1항 본문의 무면허 의료행위에 해당하는지 여부(소극)◇

1. 한 의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한 의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부는 관련 법령에 한 의사의 해당 의료기기의 사용을 금지하는 규정이 있는지, 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 의료전문가인 한 의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있는지, 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한 의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백한지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다(이하 ‘새로운 판단기준’이라 한다).

2. 한 의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한 의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 앞서 본 ‘새로운 판단기준’에 따라 판단하여야 한다. 이와 달리 진단용 의료기기의 사용에 해당하는지 여부 등을 따지지 않고 ‘중전 판단기준’이 적용된다는 취지로 판단한 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결을 비롯하여 같은 취지의 대법원 판결은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.

☞ ‘한 의사인 피고인이 2010. 3. 2.부터 2012. 6. 16.까지 환자 최○○를 진료하면서 초음파 진단기기를 사용하여 최○○의 신체 내부를 초음파 촬영함으로써 초음파 화면에 나타난 모습을 보고 진단하는 방법으로 진료행위를 한 것에 대하여, 한 의사가 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다’는 혐의의 의료법 위반죄로 기소된 사안임

☞ 종전 대법원은 2010도10352 판결 등에서 한의사가 의료기기 등을 사용하는 것이 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부에 관하여 ① 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 등 사용을 금지하는 취지의 규정이 있는지, ② 해당 의료기기 등의 개발·제작 원리가 한의학의 학문적 원리에 기초한 것인지, ③ 해당 의료기기 등을 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것으로 볼 수 있는지, ④ 해당 의료기기 등의 사용에 서양의학에 관한 전문지식과 기술을 필요로 하지 않아 한의사가 이를 사용하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 없는지 등을 종합적으로 고려해야 한다는 판단기준(종전 판단기준)을 제시해 왔음

☞ 대법원은 본 전합판결을 통하여, 의사와 한의사를 구별하는 이원적 의료체계를 유지하면서도 의료행위의 가변성, 과학기술의 발전, 교육과정의 변화, 의료소비자의 합리적 선택가능성 및 형사법의 대원칙인 죄형법정주의 관점 등을 고려하여, 한의사의 진단용 의료기기 사용의 허용 여부에 관하여 위와 같은 새로운 판단기준을 제시하였음

☞ 한의사의 진단용 의료기기 사용에 관한 새로운 판단기준에 따라 살펴보면, ① 한의사의 초음파 진단기기의 사용을 금지하는 취지의 규정이 존재하지 않고, ② 현대 과학기술 발전의 산물인 초음파 진단기기의 특성과 그 사용에 필요한 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상의 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어려우며, ③ 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 또는 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백히 증명되었다고 보기 어렵다고 보아, 한의사가 이 사건 초음파 진단기기를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용한 행위는 구 의료법 제27조 제1항 본문의 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위(무면허 의료행위)에 해당하지 않는다고 판단하고, 이와 달리 종전의 판단기준에 따라 피고인을 유죄로 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

☞ 이러한 다수의견에 대하여 ① 한의사가 초음파 진단기기를 서양의학적인 방법으로 사용한다면 이는 이원적 의료체계에 반한다는 점, ② 서양의학·한의학의 학문적 원리와 진찰방법에는 근본적 차이가 있어 한의사가 초음파 진단기기를 부가적으로 사용하였더라도 이를 한의학적 진단행위로 볼 수 없고, 아울러 한의과 대학의 교육 정도 등을 감안하면 제대로 훈련받지 않은 한의사가 초음파 진단기기를 사용할 경우 오진 등 보건위생상 위해가 생길 우려가 높다는 점, ③ 한의사의 초음파 진단기기 사용을 허용할 것인지는 그 필요성이 인정된다고 하더라도 국민의 건강을 보호하고 증진하는 방향으로 제도적·입법적으로 해결함이 바람직하다는 점 등을 이유로, ‘한의사가 서양의료기기인 초음파 진

단기를 사용하여 진료행위를 한 것은 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위(무면허 의료행위)에 해당한다'는 대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견이 있음

2020도8682 배임 (라) 파기환송

[자동차 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 소유권이전등록의무를 이행하지 않은 채 제3자에게 담보목적 자동차를 처분한 행위에 대하여 배임죄로 기소된 사안]

◇권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분한 경우, 배임죄의 구성요건인 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위를 인정할 수 있는지(소극)◇

채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무, 즉 동산을 담보로 제공할 의무, 담보물의 담보가치를 유지·보전하거나 담보물을 손상, 감소 또는 멸실시키지 않을 소극적 의무, 담보권 실행 시 채권자나 그가 지정하는 자에게 담보물을 현실로 인도할 의무와 같이 채권자의 담보권 실행에 협조할 의무 등은 모두 양도담보설정계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 급부의무이다. 또한 양도담보설정계약은 피담보채권의 발생을 위한 계약에 종된 계약으로, 피담보채무가 소멸하면 양도담보설정계약상의 권리의무도 소멸하게 된다. 양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행 시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정계약의 체결이나 담보권설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무를 변제하는 것이다. 따라서 채무자가 위와 같은 급부의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이고, 채무자가 통상의 계약에서 이익대립관계를 넘어서 채권자와 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리한다고 볼 수 없으므로 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 등 참조).

위와 같은 법리는, 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 관한 양도담보설정계약에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.

☞ 피고인이 피해자 회사에게 이 사건 자동차를 양도담보로 제공하기로 약정하여 이에 관하여 등록명의를 이전해 주어야 할 의무를 부담함에도 제3자에게 임의로 매도한 행위

에 대하여 배임죄로 기소된 사안임

☞ 대법원은 대법관 전원일치 의견으로 위와 같은 법리를 판시하고 종래 판례를 변경하여, 등기·등록을 요하는 동산에 관한 양도담보설정자에게는 배임죄의 구성요건으로서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위가 인정되지 않아 배임죄가 성립하지 않는다고 판단하고, 이와 달리 종래 판례(대법원 89도350 판결 등)에 따라 배임죄의 성립을 인정한 원심의 판단에 배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 자 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기·환송하였음

2020도16420 사기 등 (차) 파기환송

[전동킥보드 음주운전 행위에 대하여 구 도로교통법위반(음주운전)죄로 기소된 사안에서, 재판 진행 중 개정 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정된 것, 이하 같다)의 시행에 따라 법정형이 종전보다 가벼워진 사안]

◇범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 여부를 판단하기 위한 기준과 방법 및 위 규정들이 말하는 ‘법령의 변경’의 의미(형법 제1조 제2항, 형사소송법 제326조 제4호의 적용과 관련된 종래 동기설의 폐지 여부)◇

범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따라야 하고(형법 제1조 제2항), 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다(형사소송법 제326조 제4호). 이러한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용되어야 한다.

따라서 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다. 형벌법규가 대통령령, 총리령, 부령과 같은 법규명령이 아닌 고시 등 행정규칙·행정명령, 조례 등(이하 ‘고시 등 규정’이라고 한다)에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에도 이러한 고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한 형벌법규와 결합하여 법령을 보충하는 기능을 하는 것이므로, 그 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워졌다면 마찬가지로 형법 제1조 제2항과 형

사소송법 제326조 제4호가 적용된다.

그러나 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하므로, 이와 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다.

한편 법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라, 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우도 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다.

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여, 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호는 종래의 처벌 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 변경하였을 경우에만 적용된다고 한 대법원 1963. 1. 31. 선고 62도257 판결 등 종래 대법원판례 법리(이른바 ‘동기설’)를 변경하여, 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다고 판시하였음

☞ 원심판결 선고 후 시행된 개정 도로교통법에 따르면 이 사건 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치 음주운전 행위는 ‘자동차등’에 관한 제148조의2가 아니라 ‘자전거등’에 관한 제156조 제11호의 적용 대상이 됨으로써 그 법정형이 종전보다 가벼움

☞ 대법원은 앞서 본 법리에 따라, 위 법률 개정은 구성요건을 규정한 형벌법규 자체의 개정에서 형이 가벼워진 경우에 해당하므로 종전 법령이 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 형법 제1조 제2항을 적용하여야 하고, 따라서 이 부분 공소사실은 원심판결 후 시행된 위 법률 개정을 반영하여 신법인 도로교통법 제156조 제11호로 처벌할 수 있을 뿐이어서 행위시법인 구 도로교통법 제148조의2 제1항을 적용한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다고 보아, 원심판결을 파기·환송하였음

☞ 이러한 다수의견에 대하여 ① 대법관 조재연, 대법관 안철상의 별개의견1, ② 대법관 노태악, 대법관 천대엽의 별개의견2, ③ 다수의견에 대한 대법관 이동원의 보충의견이 있음

☞ 별개의견1의 요지는 다음과 같음

- 대법원은 형사법적 관점의 변화를 전제로 하는 법령의 변경이라고 해석할 수 있을 때 행위시법 주의의 예외로서 형법 제1조 제2항을 적용할 수 있다는 취지로 종래 대법원판례를 대체하는 기본 법리를 제시하고, 이에 따라 이 사건을 해결하는 것으로 충분함
- 형벌법규 자체가 변경된 원칙적인 경우를 제외한 나머지 유형들은 추후 해당 사건에서 이러한 기본 법리를 기초로 한 균형 잡힌 해석에 따라 개별적으로 판단되어야 함
- 따라서 다수의견이 이 사건의 직접 쟁점이 아닌 예외적 유형들에 관하여 실시한 것은 적절하지 않음. 이 사건은 형벌법규 자체가 변경된 경우이므로 행위시법을 적용한 원심판결을 유지할 수 없어 파기하여야 한다는 결론은 다수의견과 같지만, 대법원판결의 적정한 판단 범위와 필요성에 관하여 의견을 달리함

☞ 별개의견2의 요지는 다음과 같음

- 다수의견이 '유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정한 법령이 유효기간을 경과한 경우'를 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당하지 않는다고 보아, 일률적으로 행위시법의 추급효를 인정하는 부분에는 동의할 수 없음
- 피고인에게 유리하게 형벌법규가 변경되었다는 관점에서 법령이 개정·폐지된 경우와 법령의 유효기간이 경과된 경우는 본질적으로 차이가 없으므로, 경과규정을 두지 않은 이상 원칙적으로 피고인에게 유리한 재판시법이 적용되어야 함
- 예외적으로 변경된 법령이나 고시 등 규정을 형사법적 관점으로 평가하여 행위시법을 적용할 여지는 있으나, 이 사건은 이러한 예외 법리가 문제되는 경우에 해당하지 않으므로, 행위시법을 적용한 원심판결을 파기하여야 함