



의료인의 형사책임

이 경 환* · 최 파 라 | 법무법인(유한) 화우

Criminal liability of medical professionals

Kyung Hwan Lee, PhD, Attorney at Law* · Para Choi, Attorney at Law

Yoon&Yang LLC, Seoul, Korea

*Corresponding author: Kyung Hwan Lee, E-mail: khlee555@hwawoo.com

Received July 3, 2013 · Accepted July 17, 2013

The Medical Service Act and many other laws regulate the actions of medical professionals. Receiving rebates from pharmaceutical companies has been criticized as unethical but not punished until 2011. However, it is now strongly forbidden. Unlicensed acts of medical care, which include providing medical care beyond the scope of the license or giving directions to an unlicensed person to practice medical care, are strictly punished even in the case of licensed medical professionals. It recently became an issue whether a doctor who wrote prescriptions to patients after examining them over the telephone violated the Medical Service Act. In addition, it is necessary to pay special attention to the administration of propofol since it recently became a major controversy. Furthermore, public health doctors are legally forbidden to work outside of a public health institution. The number of regulations on the medical industry is increasing every day. New laws usually toughen up punishment for those violating regulations. There is a legal maxim that says, "Ignorance of law excuses no one." Therefore, it is necessary for medical professionals to steadily study and become familiar with applicable laws and related criminal cases to prevent themselves from becoming criminally liable.

Keywords: Face-to-face treatment; Rebate; Unlicensed acts of medical care; Propofol; Public health doctor

서 론

의료인은 전문성과 윤리성의 측면에서 사회에서 중요한 역할과 위상을 차지하고 있다. 그만큼 일반인들이 의료인에게 기대하는 윤리정신과 준법정신도 엄격할 수밖에 없다. 그런데 의료인의 형사책임은 의료사고에 대한 형사소송 이외에도 의료법, 보건범죄 단속에 관한 특별조치법, 마약류 관리에 관한 법률에 이르기까지 넓은 범위에 걸쳐 있으며, 의

료인들이 이들 법규를 제대로 숙지하지 않고 있다가 곤욕을 치르는 사례들이 많이 나타나고 있다. 따라서 의료인들이 형사책임을 지는 경우를 미연에 방지하기 위해서는 의료인의 형사책임에 대한 사례들과 관련법규를 검토할 필요가 있다.

이하에서는 형사문제를 중에서도 최근 자주 등장하고 있는 대면진료, 리베이트, 무면허의료행위, 프로포폴, 공중보건 의사 사례를 살펴보고, 이를 통하여 형사책임의 측면에서 의료인이 주의해야 할 행위들을 알아보고자 한다.

사례 및 관련법규의 고찰

1. '직접 진찰'의 의미에 대한 이해

통신과 인터넷의 발달은 의료영역을 비롯하여 우리 사회 전반의 생활형태를 변화시키고 있다. 이제 직접 병원에 가지 않고도 전화 또는 인터넷으로 의료정보를 교환할 수 있고 의료서비스를 제공할 수 있는 환경이 조성되고 있는 것이다. 그러나 의사와 환자의 비대면접촉(간접접촉)에 의한 진료행위는 대면접촉에 의한 것보다 정보의 정확성이 떨어질 가능성이 높고 그 정확성의 부족으로 인한 의료사고의 가능성 또한 배제할 수 없다[1]. 의료법은 정확하고 안전한 의료행위를 위하여 환자를 '직접 진찰'한 의사가 아니면 진단서 등을 작성하지 못하도록 하고 있는데, 의료법이 제한하는 '직접 진찰'의 범위가 어디까지인지에 관한 이슈(즉 음성전화 또는 화상통화에 의한 진료까지 금지하는 것인지 아니면 의사 아닌 주체가 진단서 등을 작성하는 것만을 금지하는 취지인지)와 관련한 최근 판례들을 살펴보는 것은, '직접 진찰'의 범위를 벗어나 의료법위반으로 처벌받는 진찰행위가 무엇인지 알 수 있다는 점에서 의미가 있을 것이다.

1) 관계법령

의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다(의료법 제17조 제1항). 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(의료법 제89조), 자격정지 2개월의 제재를 받게 된다(의료법 제66조 제1항 제3호, 의료관계 행정처분 규칙 제4조, 별표 행정처분기준). 또한 의료법 제17조 위반으로 금고 이상의 형을 선고받으면 의사면허의 취소사유가 된다(의료법 제8조 제4호).

2) 관련사례

(1) 의료법 제17조 제1항의 '직접 진찰'은 의사가 스스로 진찰하는 것만을 의미하므로, 전화진찰 후 처방전 발급도 가능

① 헌법재판소의 판단

최근 산부인과 전문의가 총 672회에 걸쳐 환자를 직접 진찰하지 않고 전화로 통화한 다음 처방전을 작성하여 이를 환자가 위임하는 약사에게 교부한 행위로 1심에서 벌금형을

선고받은 사례가 있다. 산부인과 전문의는 항소심(2심)에서 의료법 제17조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였는데, 헌법재판소는 의료법 제17조 제1항에서의 '직접 진찰'은 '대면하여 직접 진료를 하는 것'으로 해석되고, 결국 이 조항은 '대면진료 의무'와 '진단서 등의 발급주체' 양자를 모두 규율하고 있다고 볼 수 있어 합헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바83).

② 대법원의 판단

그런데 산부인과 전문의가 대법원에 상고하자 대법원은 이 조항은 스스로 진찰을 하지 아니하고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐이고, 대면진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 조항이 아니므로, 전화나 화상 등을 이용하여 진찰을 하였다는 사정만으로 '직접 진찰'한 것이 아니라고 볼 수 없다고 하여 위 헌법재판소 결정과 다르게 판단하였다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결). 참고로 헌법재판소의 합헌결정에는 기속력이 인정되지 않으므로 대법원이 의료법 제17조 제1항을 헌법재판소와 다르게 해석하더라도 문제가 되는 것은 아니다[2].

③ 의료현장에서의 주의점

대법원은 의료법 제17조 제1항에 대하여 의사가 스스로 진찰하지 않고 처방전을 발급하는 행위만 금지하는 것으로 판단하였으나[3], 활력징후(vital sign)를 통하여 환자의 건강상태를 정확히 파악하는 등 안전한 의료행위가 이루어지기 위해서는 직접 대면 진료하는 것이 필요하다는 측면에서는 의료현실과 괴리되는 판단을 한 것으로 보인다.

한편 의사가 외국출장을 가면서 간호사에게 앞으로 오게 될 환자들의 처방전을 미리 작성하여 환자에게 교부하도록 지시한 사안과 주치의가 휴가를 다녀온 기간 동안 주치의 명의로 진료기록을 작성한 사안에서 의료법 제17조 위반으로 형사처벌 및 면허정지처분을 받은 예가 있으므로 유의해야 할 것이다.

(2) 전화진찰을 하고도 내원진찰을 한 것처럼 요양급여비용을 청구하면 사기죄

① 대법원의 판단

정신과 의사가 전화진찰을 하였음에도 내원진찰한 것처럼 요양급여비용을 청구한 사안에서, 대법원은 의사가 전화통

화를 통하여 환자를 진료한 뒤 처방전을 발급했음에도 환자가 직접 내원해 진찰한 것처럼 요양급여비용을 청구한 것은 사기죄에 해당한다고 판시하였다. 사안에서 의사는 보건복지부장관이 고시한 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'에서 요양급여의 대상에 내원진찰만이 포함되고 전화진찰은 빠져 있기 때문에, 내원진찰을 한 것처럼 꾸며 요양급여비용을 청구하였던 것인데, 대법원은 전화진찰이 의료법 제17조 제1항에서 정한 '직접 진찰'에 해당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 요양급여의 대상이 된다고 할 수 없는 이상, 전화진찰을 요양급여대상인 내원진찰인 것처럼 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성한다고 판시하였다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011도10797 판결).

② 의료현장에서의 주의점

현재 요양급여비용 청구는 입원 또는 외래의 경우에 한하여 가능하다. 따라서 전화진찰과 같이 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'에 규정되지 않은 새로운 형태의 진료행위는 그러한 진료행위를 하였음을 명시적으로 밝히면서 그에 따른 요양급여 비용청구를 시도하거나 위 규칙이 정한 여러 신청절차를 통하여 이를 요양급여대상으로 포섭하도록 요청해야 하고, 그러한 절차 없이 전화진찰한 것을 내원진찰한 것으로 하여 요양급여비용을 청구하면 사기죄가 성립된다는 점을 조심하여야 한다. 사기죄는 법정형이 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금으로 매우 무겁게 처벌되는 중범죄이고, 허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관이나 단체를 속인 사기죄로 금고 이상의 형이 선고되면 의사 면허가 취소되므로 가버이 여겨서는 안 될 것이다.

(3) 환자 아닌 제3자 명의로 처방전 발행하면 위법

① 대법원의 판단

최근 비만클리닉을 운영하는 의사가 환자를 진료하면서 진료한 환자가 아닌 제3자의 이름으로 처방전을 작성하여 교부하였는데, 이러한 행위가 의료법 제17조 제1항을 위반하여 처방전을 발행한 것인지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 환자를 직접 진료한 이상 처방전을 다른 사람 명의로 발급했더라도 의료법 위반으로 처벌할 수 없지 않은가라는

의문이 들 수 있다. 그러나 대법원은 "의사와 약사 사이의 분업 내지 협업을 통한 환자의 치료행위는 의사 등에 의하여 진료를 받은 환자와 약사에 의한 의약품 조제와 복약지도의 상대방이 되는 환자의 동일성을 필수적 전제로 하며 그 동일성은 의사 등이 최초로 작성한 처방전의 기재를 통하여 담보될 수밖에 없으므로, 의사 등이 의료법에 따라 작성하는 처방전의 기재사항 중 환자의 성명 및 주민등록번호는 치료행위의 대상을 특정하는 요소로서 중요한 의미를 가진다고 보아야 하며, 따라서 의사 등이 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 상대방은 처방전에 환자로 기재된 사람을 가리키고, 만일 의사가 진찰한 환자가 아닌 제3자의 성명 및 주민등록번호를 기재하여 처방전을 작성·교부하였다면 그러한 행위는 의료법 제17조 제1항에 위배된다."고 판시하였다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도14690 판결).

② 의료현장에서 주의할 점

비록 의사가 환자를 직접 진찰하였어도, 직접 진찰한 환자가 아닌 다른 사람 명의로 처방전을 작성하여 교부하면 의료법위반죄로 처벌받는다 판례이다. 만약 의사가 허위로 작성한 문서가 '진단서'였다면 형법상 허위진단서작성죄로 더 무겁게 처벌되고, 의사면허가 취소되는 등의 불이익을 받을 수 있으므로 대단히 주의해야 할 것이다.

2. 리베이트에 대한 민감한 대처의 필요성

의료업계의 리베이트는 환자의 선택권을 침해하고, 보건재정을 위태롭게 하며, 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 비윤리적인 관행으로 인식되고 있다. 의료산업은 국민 모두의 보건복지문제와 직결되는 것이어서 부당한 리베이트는 약가거품을 발생시키고 보험재정을 악화시켜 국민 모두의 복지수준을 떨어뜨릴 수 있기 때문이다. 이러한 사회적 공감대에 따라 2010년에는 리베이트를 제공한 자와 리베이트를 수령한 자를 모두 처벌하는 소위 리베이트 쌍벌제가 도입되었고, 의료업계 리베이트에 대한 제재는 더욱더 강화되고 있다. 따라서 의료인은 의료 전문가로서의 양심과 준법정신을 지키고 국민의 보건복지를 향상시키기 위하여 리베이트를 수령하는 범죄를 저지르지 않도록 각별히 주의해야 할 것이다.

1) 관계법령

의료법 제23조의2는 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자는 건보료 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 비용할인, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익인 경우 외에는 의약품/의료기기 제조업자, 의약품/의료기기 수입자, 의약품 도매상, 의료기기 판매업자 또는 임대업자로부터 의약품/의료기기 채택, 처방/사용 유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전, 물품, 편의, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 받을 수 없다고 규정하고 있다. 이를 위반하면 2년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처하고, 취득한 경제적 이익 등은 몰수 또는 추징한다(의료법 제88조의2). 의료인이 리베이트를 수령한 경우 수수액수와 위반횟수에 따라 면허자격정지 처분을 받게 되고, 금고 이상의 형을 선고받으면 의사면허 취소사유가 된다(의료법 제8조 제4호). 리베이트를 제공한 자 역시 약사법과 의료기기법에 의하여 처벌되고 있다.

2) 리베이트의 유형

리베이트의 유형은 매우 다양하다. 특히 리베이트의 예외 사유인 임상시험 지원 또는 시판 후 조사 등의 명목으로 제공되는 경제적 이익이 법률에서 허용하는 범위를 넘는 경우를 주의할 필요가 있다. 제약업체와 임상시험 또는 시판 후 조사(post marketing surveillance, PMS) 용역 계약을 체결하고 그 명목으로 금품을 받는 행위도 리베이트 수수범죄가 될 수 있기 때문이다. 예를 들어 약사법상 시행의무 없는 PMS를 실시하거나 약사법상 시행의무 있는 PMS라 하더라도 의무 중례수를 현저히 초과하여 실시하고 과다한 대가를 지급받은 경우에도 리베이트 수수범죄로 볼 수 있다. 그리고 특별한 사유 없이 의무중례수를 과다하게 초과하여 PMS를 실시하거나, 담당의사와의 접촉 및 PMS 의뢰와 같은 계약 체결 과정을 제약사의 영업마케팅 부서가 담당하고, PMS 수행 대가가 영업마케팅 부서의 예산으로 지출되는 경우 위법한 리베이트라고 볼 수 있다. PMS 결과가 나오기도 전에 대가가 지급된 경우도 마찬가지이다.

이 밖에도 발전기금 또는 후원금 등의 기부금, 설문지 조사나 번역에 대한 대가, 대학병원 의사가 수령하는 강연비,

연구비, 회식비, 학회참가비 등이 모두 리베이트에 해당할 수 있고, 특히 건당 금액이 지나치게 큰 경우 실질적으로 판매촉진을 목적으로 제공되는 리베이트라고 볼 수 있을 것이다. 실제로 2012년에는 제약회사가 의사들에게 설문지를 돌린 후, 설문에 응한 대가로 의사들에게 건당 5만 원씩 현금을 제공한 경우 불법적인 리베이트라고 보아 제약회사가 기소된 적이 있다. 제약회사의 법인카드를 받아 사용하는 것도 리베이트 수수범죄에 해당하는데, 법인카드를 사용한 266명의 의사가 의료법위반으로 적발되고, 그 중 83명이 실제 형사처벌까지 받은 바 있으므로 리베이트에 대한 의료인들의 민감한 대처가 필요하다.

3) 리베이트를 수령한 의료인에 대한 제재

(1) 독점규제법상의 제재

우리나라에서 리베이트라는 용어에 대한 통일적인 ‘범 개념’은 존재하지 않는다. 그 결과 리베이트는 분야에 따라 각기 상이한 의미로 사용되고 있다[4]. 일반적으로 거래상에서 통용되는 리베이트는 상품 구매의 대가를 감액하는 일체의 행위를 의미한다[5]. 의료업계에서 음성적으로 이루어지는 리베이트는 고객을 유인하는 수단으로 제공되는 경제적 이익에 초점이 맞추어져 있는데, 제약회사는 부당한 고객유인 행위(정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위)로 처벌받을 수 있고, 의료인도 경우에 따라서는 리베이트를 요구한 경우 거래상 지위남용행위(거래상대방에게 자기를 위하여 금전 물품 용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위)로 처벌받을 수 있다. 리베이트를 제공한 자와 요구한 자의 범정형은 모두 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금이다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제67조).

(2) 쌍벌규정의 신설 등

의료업계의 음성적 리베이트는 주로 위와 같이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률로 규제되어 왔고, 의료인의 경우 리베이트를 요구한 사실 없이 수동적으로 수령하기만 하였으면 처벌되지 않았다. 그런데 리베이트에 관한 행위가 근절되지 않고 이를 회피하는 행태들이 지속적으로 나타나자, 2010년 5월 27일 의료법을 개정하여 리베이트를 제공한 기

Table 1. Suspension of license for violating medical law

Rebate (X won)	1st (mo)	2nd (mo)	3rd (mo)	4th (mo)
25,000,000 ≤ X	12	12	12	12
20,000,000 ≤ X < 25,000,000	10	12	12	12
15,000,000 ≤ X < 20,000,000	8	10	12	12
10,000,000 ≤ X < 15,000,000	6	8	12	12
5,000,000 ≤ X < 10,000,000	4	6	12	12
3,000,000 ≤ X < 5,000,000	2	4	12	12
X < 3,000,000	Caution	1	3	12

업뿐 아니라 이를 수령한 의료인에 대해서도 처벌을 부과하는 소위 쌍벌규정(의료법 제23조의2)을 마련하기에 이르렀다[6]. 리베이트 쌍벌제 실시 이후 의약품 도매상으로부터 의약품 납품 대가로 돈을 받은 의료인들에 대하여 징역 10월 또는 징역 8월(2년의 집행유예 선고)에 처하고, 리베이트 대가도 모두 추징되는 사례가 있었다(서울중앙지방법원 2011. 11. 7. 선고 2011고합625 판결). 2010년 리베이트를 신고한 자에게 최대 1억 원을 보상하는 신고포상금제도가 시행되었고, 2011년 4월에 검찰, 복지부, 경찰, 건강보험심사평가원으로 구성된 정부합동 리베이트 전담수사반이 현재까지도 강력한 단속활동을 계속하고 있다[7].

(3) 행정제재

리베이트를 수령한 의사는 2년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있고, 취득한 경제적 이익은 몰수 또는 추징된다. 그런데 이러한 형사적 제재뿐만 아니라 ‘의료관계 행정처분 규칙’에 따른 행정제재도 가능하다. 우선 금고 이상의 형이 확정되면 의료법 제8조에 따라 의사면허가 취소된다. 특히 2013년 4월 1일부터 리베이트에 대한 가중처분 기간을 연장하고, 리베이트를 수령한 의료인의 자격정지 기간을 수수액이 많을수록 연장하는 내용을 담은 ‘의료관계 행정처분 규칙’ 개정안이 시행되었다. 이에 따라 가중처분의 적용기간이 종전 1년에서 5년으로 연장되었고, 기존에는 벌금액에 연동되던 처분기준을 수수액에 연동시킴으로써 법원의 판결을 기다리지 않고도 행정기관의 조사와 판단으로 신속한 행정처분이 가능해졌다. 또한 기존에는 리베이트를 반복하여 수령한 의사에게 동일한 자격정지 처분을 하였으나, 이제 상습적인 리베이트 수수자는 위반 횟수에 따라 아래와

같이 가중된 행정처분을 받게 되므로 리베이트로 의심되는 경제적 이익을 만연히 수령했다가는 큰 낭패를 볼 수 있다 (Table 1. 자세한 내용은 ‘의료관계 행정처분 규칙’ 제4조 및 별표 [행정처분 기준 참조]).

4) 의료현장에서의 주의점(제재강화 경향)

지금까지 살펴본 바와 같이 리베이트의 유형은 매우 다양하고, 리베이트에 대한 제제도 강화되고 있다. 따라서 의료인들은 제약회사가 제공하는 금전, 물품, 편의, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 수령하는 행위가 형사적·행정적으로 처벌될 수 있다는 생각을 가지고 매우 조심할 필요가 있다. 의료법은 예외적으로 학술대회 지원, 임상시험 지원, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익인 경우에는 수령할 수 있도록 하고 있다. 그러나 리베이트의 유형에서 본 것처럼 외관은 법률에서 허용하는 경제적 이익의 형태를 취하나 실질적으로 그 범위를 벗어나는 형태의 리베이트가 다수 존재하므로, 의료인들은 합법과 위법의 경계선상에 있어 위법한 리베이트의 의심이 드는 경제적 이익은 수령하지 않도록 유의해야 할 것이다.

3. 무면허의료행위 관련 이슈

의료인이 아닌 자의 의료행위와 의료인이더라도 자신의 면허된 범위를 넘는 의료행위를 형사처벌하는 의료법 제27조에 대하여는 지속적으로 위헌논의가 있어왔다. 그러나 최근 헌법재판소는 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 처벌하는 의료법 규정에 대하여 기존의 합헌 결정을 유지하였고(헌법재판소 2010. 7. 29. 2008헌가19 등), 의료인이 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 한 부분도 합헌이라는 전제 하에 판단한 바 있다(헌법재판소 2011. 11. 24. 2008헌마627). 비록 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하는 의료법 조항에 대한 문제의식이 높아지고 있기는 하지만, 여전히 위 조항은 유효하게 작동하여 무면허의료행위를 엄격하게 처벌하고 있는 것이다. 따라서 이하에서는

의료인들이 자신의 면허의 한계선상에 있는 의료행위를 시행할 경우나, 의료기사 등의 업무범위를 벗어나는 의료행위를 의료기사 등에게 지시할 경우 무면허의료행위로 처벌되는지에 대한 판단을 하는데 도움이 될 만한 법령과 사례들을 검토하기로 한다.

1) 관계법령

의료법은 면허 없이 의료행위를 하는 경우와 면허의 범위를 넘는 의료행위를 하는 경우를 금지하고, 이를 위반 시 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금이라는 중형에 처하고 있다(의료법 제27조 제1항, 제87조 제1항 제2호). 또한 무자격자가 영리를 목적으로 의료행위를 업(業)으로 할 경우에는 무기 또는 2년 이상의 징역형 이외에 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과하고 있어 매우 중한 처벌을 받게 된다(보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조).

한편 의료인은 자신의 면허된 것 이외의 의료행위를 하여 무면허의료행위로 처벌되는 것 외에도, 의사면허가 없는 피부관리사나 물리치료사에게 의료행위를 지시한 경우와 같이 의료인이 아닌 자의 의료행위에 가담할 경우 무면허의료행위(의료법위반죄)의 공동정범이 될 수 있으므로 주의할 필요가 있다. 판례도 일찌감치 의사는 무면허의료행위의 정범이 될 수 없다는 견해를 배척하고, 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하면 무면허의료행위의 공동정범으로 책임을 지어한다고 판시하였다(대법원 1986. 2. 11. 선고 85도448 판결). 의료인이 무자격자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허사항 이외의 의료행위를 하게 한 경우 업무정지 3개월의 제재를 받고(의료법 제66조 제1항 제5호, 의료관계 행정처분 규칙 제4조, 별표 행정처분기준), 금고 이상의 형을 선고받으면 의사면허 취소사유가 된다(의료법 제8조 제4호).

2) 양한방의 한계선상에 있는 근육 내 자극치료 기술 관련

(1) 대법원의 판단

근육 내 자극치료(intramuscular stimulation, IMS)는 근육자극에 의한 신경근성 통증치료법으로 침을 이용해 근육과 관련 조직을 자극함으로써 치료하려는 방식인데[8], 침술과 유사한 IMS시술을 양의사도 행할 수 있는지가 문제된다. 실제로 의사가 침을 이용한 치료를 했다는 이유로 1개월 15일의 의사면허 자격정지 처분을 부과 받은 의사가 자격정

지 처분의 취소를 구했던 사안에서 1심은 원고의 시술행위가 IMS 시술에 해당하지 않고 침술행위에 해당한다는 이유로 원고의 청구를 기각했으나(서울행정법원 2006. 7. 6. 선고 2005구합111 판결), 2심은 IMS 시술은 긴장된 근육 깊은 곳에 침을 자입해 전기자극을 줌으로써 근육통증을 완화하는 치료방법이어서 한방의료행위인 침술행위와 다르므로 침술로 볼 수 없다는 이유로 의사의 손을 들어준 바 있다(서울고등법원 2007. 8. 10. 선고 2006누17293 판결). 그러나 다시 대법원은 피고인 의사의 행위는 한방의료행위인 침술행위로 볼 여지가 많다고 2심을 파기·환송하였고(대법원 2011. 5. 13. 선고 2007두18710 판결), 결국 항소기각 및 재상고 기각을 거쳐 대법원의 취지대로 확정되었다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두27889 판결)[9].

(2) 의료현장에서의 주의점

IMS 시술이 한방의료행위인지에 대하여는 한의학계와 양의학계가 상반된 입장을 내세우며 논쟁을 계속하고 있다. IMS 시술에 대한 위 대법원 판결은 IMS 시술이 한방의료행위인 침술이라는 취지가 아니라 원고 의사의 특정 행위가 침술이라는 취지이고, 1심과 2심은 IMS 시술과 침술행위가 구분되는 것을 전제로 판시하였다는 의견이 있는 바[10], 이는 의미 있는 분석이라고 보인다. 최근 서울남부지방법원에서 IMS 시술을 한 정형외과 의사가 의료법위반으로 기소된 사안에서 IMS 시술은 현대 기초 의학인 해부학·신경학·생리학 등에 그 이론적 기초를 두고 있고 한방 침술행위는 전통적인 한의학적 원리인 경락·경혈이론에 기초를 두고 있어 IMS 시술을 한방침술행위로 단정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였다[11]. 이처럼 IMS 시술과 같이 의료행위와 한방의료행위의 경계선상에 있는 부분들에 대하여 양방과 한방을 명확히 구별하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 생각건대 단순히 침과 유사한 바늘을 사용한다는 사실만으로 침술행위로 볼 수는 없고, 그 시술행위의 의학적 원리와 배경이 무엇인지가 기준이 되어야 할 것이다. 논쟁이 분명히 정리되기 전까지 양의사는 침을 이용한 시술에 각별히 주의하여 형사책임을 예방할 필요가 있겠다.

3) 무면허의료행위의 공동정범

(1) 피부관리사로 하여금 피부박피술을 시행하게 한 경우

① 대법원의 판단

피고인 의사가 의료행위의 면허가 없는 소위 피부관리사들로 하여금 환자들을 상대로 산화알루미늄 성분의 연마제가 든 크리스탈 필링기를 사용하여 얼굴의 각질을 제거하여 주는 피부박피술을 시행하게 한 사안에서[9], 대법원은 “이러한 행위는 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 사람이 이를 행할 때에는 사람의 생명, 신체나 공중위생상 위험을 발생시킬 우려가 있는 것이므로, 이는 단순한 미용술이 아니라 의료행위에 해당한다.”고 판시하였다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결). 결국 피고인 의사는 피부관리사에게 의료행위인 피부박피술을 시행토록 한 행위에 대하여 무면허의료행위의 공동정범으로 처벌받았다.

② 의료현장에서의 주의점

현실적으로 의료인이 의료행위 전체를 직접 시행하는 것은 어려운 일이다. 따라서 의사는 간호사, 임상병리사, 방사선사, 물리치료사 등의 면허를 가진 자에게 당해 면허가 포함하는 진료 또는 의학적 검사를 하도록 하여 의사의 의료행위를 보조하게 할 수 있다. 그러나 피부관리사와 같이 의료행위를 할 수 있는 면허가 없는 자는 의사의 지도하에서도 의료행위를 할 수 없고, 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 기술능력을 갖추었다 하더라도 마찬가지로 무면허의료행위가 된다. 요컨대 질병의 예방과 치료행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 않으면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위험을 발생시킬 우려가 있는 행위는 모두 의료행위이므로, 우선 의료행위라고 판단되면 의료행위를 할 면허나 자격이 없는 자에게 이를 시행토록 해서는 절대 안 되고, 만약 시행토록 한 경우에는 의료인도 무면허의료행위의 공동정범으로 처벌받게 될 것이다.

(2) 물리치료사에게 침을 꽂도록 지시한 경우

① 대법원의 판단

의사인 피고인 1이 통증 부위를 기재한 쪽지만 보내주면 물리치료사인 피고인 2가 자신의 판단으로 동통점을 찾아내서 그 동통점에 침을 0.5 cm 깊이로 꽂는 행위를 한 것으로 기소된 사안이다[9]. 대법원은 물리치료사가 할 수 있는 업무범위는 인체 외부에 물리적인 힘이나 자극을 가하는 물리

치료적 치료방법에 한정되는데, 피고인 2의 행위는 물리치료사가 할 수 있는 업무범위를 벗어난 의료행위이므로 무면허 의료행위에 해당한다고 보았다. 또한 의사인 피고인 1은 물리치료사인 피고인 2로 하여금 위와 같은 의료행위를 하도록 지시하는 방법으로 피고인 2와 공모하여 의료법위반죄를 범하였다고 판시하였다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2014 판결).

② 의료현장에서의 주의점

인체 부위에 침을 꽂는 행위는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명이나 신체에 위해가 생길 우려가 있는 행위이므로 의료행위이다. 물리치료사는 ‘의료기사 등에 관한 법률’에 따라 일정한 범위에서 의료행위를 할 수 있으나, 그 범위는 인체 외부에 물리적인 힘이나 자극을 가하는 물리요법적 치료방법에 한정된다. 요컨대 의료행위라고 판단되는 일부 행위를 일정한 범위에서 의료행위를 할 면허 또는 자격이 있는 자(임상병리사·방사선사·물리치료사·작업치료사·치과기공사 및 치과위생사 등)에게 시행토록 할 경우, 만약 그 행위가 업무범위를 벗어난 의료행위인 경우에 의료인은 무면허의료행위의 공동정범으로 처벌받을 수 있으므로, 관계법령을 살펴 업무범위를 벗어난 의료행위인지를 살펴보고 주의해야 한다.

4. 프로포폴의 투약, 취급 및 관리

최근 프로포폴(propofol) 이슈가 사회적 파장을 일으키고 있다. 프로포폴은 세계적으로 많이 쓰는 정맥마취제인데[12], 본래 마약류가 아니었던 프로포폴은 2011년 2월 향정신성의약품으로 지정되었다. 특히 올해 초 검찰이 병원의 무분별한 프로포폴 불법 오남용 사례를 대대적으로 수사하고 프로포폴을 상습적으로 투약한 연예인들과 의사들을 기소하면서 프로포폴 오남용과 관련한 의료인의 책임이 주목받고 있다[13].

1) 관계법령

마약류취급자는 그 업무 외의 목적을 위하여 마약 또는 향정신성의약품을 소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위를 하여서는 안 된다(마약류 관리에 관한 법률 제4조 제1

항 제1호, 제5조 제1항). 이를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하고(마약류 관리에 관한 법률 제61조 제1항 제7호), 형사처벌과 함께 자격정지가 병과될 수 있으며, 금고 이상의 형이 선고되면 의사면허가 취소된다(의료법 제8조).

2) 프로포폴 불법투약 의사에게 실행 선고

최근 프로포폴을 투약한 의사에게 '마약류 관리에 관한 법률위반'으로 실행이 선고됐다. 피고인 의사는 프로포폴을 투약할 목적으로 병원에 찾아온 프로포폴 중독환자에게 프로포폴을 이용한 수면마취가 필요가 없는 지방분해주사(lypolytic lymph drainage) 시술이나 카복시 주사시술 등을 하면서 환자 10명에게 총 243회에 걸쳐 프로포폴을 투약하였는데, 이에 대하여 징역 1년 2월의 실행 및 추징금 1억 7천 900만 원이 선고되었다. 또한 향정신성의약품 관리대장에 프로포폴 구입사실 자체를 누락한 범죄사실 및 허가관청에 사고마약류 등의 폐기신청서를 제출하지 않고 고객들에게 사용하고 남은 프로포폴을 임의로 폐기한 범죄사실에 대하여도 유죄판결이 선고되었다(서울중앙지방법원 2013. 5. 16. 선고 2013고단1636 판결).

3) 의료현장에서의 주의점

프로포폴은 정신적 의존성이 강해 반복적으로 투여하는 경우 의도치 않게 중독상태를 일으킬 수 있다[14]. 프로포폴의 안전한 사용을 위해서는 의료인들의 도움이 필수적인 바, 환자에게 도취감 및 심적 긴장완화만을 유도하기 위해 프로포폴을 투여하거나, 프로포폴을 투약하기 위해서 필요 없는 시술을 하도록 하거나, 시술에 필요한 양 이상의 프로포폴을 투약하는 등의 프로포폴 오남용을 허용하여서는 안 된다.

프로포폴 오남용 및 중독을 예방하기 위해서는 프로포폴의 구입 및 관리에 있어서도 특별한 주의를 요한다. 구입과 관련하여 마약류취급의료업자는 향정신성의약품의 판매·수수에 관한 장부를 작성·비치하고 투약하거나 투약하기 위하여 제공하는 향정신성의약품에 대하여 향정신성의약품 관리대장에 연월일 별로 프로포폴의 구입처, 구입량, 진료과, 사용량, 재고량을 정확하게 기재하여야 한다(마약류 관리에 관한 법률 제11조 제2항, 동법 시행규칙 제21조 제1항 제3호 나목 별지 제22호 서식). 관리와 관련하여 마약류취

급의료업자는 소지한 마약류가 재해로 인하여 상실되거나, 분실 또는 도난, 변질·부패 또는 파손되면 허가관청에 지체 없이 그 사유를 신고하여야 하고(마약류 관리에 관한 법률 제12조 제1항), 마약류의 변질·부패, 파손, 유효기한 또는 사용기한의 경과, 그밖에 재고관리 또는 보관을 하기에 곤란한 사유가 있어 폐기하려는 경우에는 허가관청에 폐기신청서를 제출하고, 관계공무원 입회 하에 올바른 방법으로 폐기하여야 한다(마약류 관리에 관한 법률 시행규칙 제23조 제4항, 제5항). 프로포폴 주사제의 경우 일단 개봉하면 공기 중의 이물질 또는 병원균이 침투하여 안전성을 보장할 수 없으므로 사용 후 남은 잔량은 재고관리 또는 보관상의 곤란한 사유가 있는 마약류로 보아 허가관청에 폐기신청서를 제출하고 관계공무원 입회하에 폐기하여야 한다[15].

5. 불법근무 공중보건 의사 관련 이슈

공중보건의사는 의무복무기간 동안 공중보건업무 외의 업무에 종사하는 것이 법률상 허용되지 않는다. 하지만 양질의 의료인 인력이 부족한 우리나라의 의료수급 현황 상 타 의료기관에서 일시·임시적으로라도 공중보건의사의 일손을 필요로 하는 경우가 많아 공중보건의사가 이에 유혹될 위험성이 크다. 그러나 농어촌 등 보건의료취약지역의 주민들에게 보건의료를 효율적으로 제공하려는 공중보건의사 제도의 취지와 공익상의 필요를 위하여 공중보건의사가 타 의료기관에서 근무하는 것은 단호히 근절해야 할 것이다.

1) 관계법령

공중보건의사는 의무복무기간 동안 공중보건업무에 성실히 종사하여야 하며, 공중보건업무 외의 업무에 종사할 수 없고(농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법 제9조 제1항), 공중보건의사가 이를 위반하여 공중보건업무 외의 업무에 종사하였을 때에는 보건복지부장관은 그 업무에 종사한 일수의 5배의 기간을 연장하여 근무할 것을 명할 수 있다(농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법 제9조 제3항).

2) 불법근무한 공중보건의사에 대한 복무기간 5배 연장처분은 적법

원고는 1996년 4월 22일부터 공중보건의사로 소집되어 연천군 보건의료원에 근무하게 되면서, 같은 달 29일 동무

천시 소재 성정정신요양원과 촉탁의 계약을 맺고, 매월 일정액을 수령하면서 주1회 총 48회에 걸쳐 방문진료하였다. 이에 공중보건업무 외에 타의료기관 진료행위를 하여 놓아준 등 보건의료를 위한 특별조치법 제8조 제2항을 위반하였다는 이유로 의무위반일수 48일의 5배인 240일간의 근무기간연장처분을 받아 원고는 행정소송을 제기하여 그 취소를 구하였다. 대법원은 공중보건의사의 제도적 취지나 그 공중보건업무의 내용 등에 비추어 볼 때 놓아준 등 보건의료취약지역의 주민 등에게 보건의료를 효율적으로 제공하기 위해서는 공중보건의사가 그 본연의 업무를 충실히 수행하여야 할 직무상의 의무를 위반하여 근무지역을 이탈하거나 공중보건업무의 다른 업무에 종사하는 것을 방지하여야 할 공익상의 필요가 매우 커서, 근무기간연장처분을 함에 있어서는 그로 인하여 입게 되는 당사자의 불이익보다도 공중보건의사의 의무위반행위의 방지라는 일반 예방적 측면을 더욱 강조할 필요가 있다는 이유로 공중보건의사 복무기간연장처분이 정당하다고 하였다(대법원 1999. 3. 9. 선고 98두19339 판결).

공중보건의사는 고도의 업무집중을 요구하는 업무의 특성상, 피로가 누적되면 공중보건업무에 중대한 지장을 초래할 수 있으므로 이를 규제할 공익적 요청이 매우 크다. 이러한 공익적 요청을 달성하기 위하여 엄중한 처벌이 이루어지고 있으므로 의료인들은 철저히 조심해야 할 것이다.

결 론

법률의 부지는 용서받을 수 없다(Ignorance of law excuses no one)는 법인과 같이, 법을 몰랐다는 사실만으로 형사책임을 피할 수는 없다. 같은 맥락에서 형법 제16조는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 인식한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있으며[16], 판례는 단순히 법률을 몰랐다고 해서 처벌되지 않는 것이 아니라 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위여서 죄가 되지 않는다고 착오를 일으키고 그러한 착오에 정당한 이유가 있는 경우에만 벌하지 않는다고 판시하고 있다(대법원 1985. 4. 9. 선고 85도25).

의료인은 전문가로서 그 영역에 있는 법규를 숙지하고 있

어야 하고, 제대로 알지 못하여 이를 위반할 경우에는 용서받지 못할 뿐만 아니라 몰랐다는 점에 대하여 오히려 더 큰 책임을 지게 될 것이다. 따라서 의료인들은 변화하는 의료관계법령과 사례를 숙지하는데 지속적인 관심을 갖고, 역을 하게 형사책임 또는 행정제재를 받는 불상사가 없도록 철저히 대비하여야 할 것이다.

핵심용어: 대면진료; 리베이트; 무면허의료행위; 프로포폴; 공중보건의사

REFERENCES

1. Lee WJ, Hong SW, Park JH, Jeong YC. The legal issues on telemedicine in medical law. Korean J Med Law 2003;11:49-64.
2. Sung NI. Constitutional law. 13th ed. Paju: Beommunsa; 2013.
3. Lee KH. 2012 Important medical law cases. Lawtimes. 2013 May 16.
4. Lee BE. Issues on rebates in the healthcare industry under competition laws and tasks arising therefrom. Seoul Law J 2009;50:195-200.
5. Hong MS. A study on the antitrust regulations on rebates. Law Soc 2008;34:373-394.
6. Jeong HS. A study on the reality of rebates in the healthcare industry and solutions therefor. KNU Law Rev 2010;2:235-250.
7. Ministry of Health and Welfare. 2012 Key business reference materials. Seoul: Ministry of Health and Welfare; 2012.
8. Kim NK. Philosophy and legal policy of medicine: boundary setting between practice of medicine and practice of oriental medicine and the regulations on the unlicensed acts of medical care. Korean J Leg Philos 2010;13:165-194.
9. Lee KH, Kim MO, Han SW. A legal study on the unlicensed acts of medical care. Korean J Med Law 2011;19:109-138.
10. Lee BH, Lee PS, Park YH. The content analysis of conflict cases between medical doctors and oriental medical doctors. Korean J Med Law 2011;19:139-160.
11. Song OJ. The court ruled IMS procedure is not an acupuncture. Hankookilbo. 2013 Feb 8.
12. Lee YS. Pharmacokinetics and pharmacodynamics of drugs for sedation. J Korean Med Assoc 2013;56:279-284.
13. Lim JY, Kim DH. Actresses, Siyeon Park, Seungyeon Lee, Miinae Jang are prosecuted for the illegal use of propofol. OhmyNews. 2013 Mar 13.
14. Hong SH. Drug abuse associated with procedural sedation. J Korean Med Assoc 2013;56:292-298.
15. Ministry of Food and Drug Safety. How to handle propofol. Cheongwon: Ministry of Food and Drug Safety; 2013.
16. Lee JS. Criminal law. 7th ed. Seoul: Bagyeongsang; 2011.



Peer Reviewers' Commentary

본 논문은 의료현장에서 발생할 수 있는 의료인의 형사책임에 관하여 최근의 판례에 나타난 사례를 중심으로 그 유형을 분류하고 그 유형에 따른 법적 근거를 밝힘과 동시에 주의할 점도 함께 제시한 논문이다. 발생빈도가 높은 사례를 추려 특히 의료현장에서 주의할 점을 정리함으로써 의료인에게 의료행위를 함에 있어서 경각심을 가지도록 하고 형사책임을 예방할 수 있도록 하였다는 점에서 의미가 있는 논문이라고 판단된다.

[정리: 편집위원회]