

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) · 사기 · 마약류관리에관한

법률위반(향정) · 약사법위반

[부산고등법원 2021. 4. 28. 2021노118]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 신미량(기소), 강종현(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 정인(담당변호사 임경섭)

【원심판결】 부산지방법원 2021. 2. 5. 선고 2020고합488 판결

【주문】

】

피고인의 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

1) 사기죄는 개인적 법익에 대한 죄로서 재산권 침해에 대한 범죄인데, 약사가 아닌 자가 약국을 운영한 행위는 약사법을 위반한 행위로서 국가적 또는 공공의 법익을 침해한 것이지 재산권을 침해하였다고 보기 어려우므로, 비록 약사가 아닌 피고인이 국민건강보험공단 등에 요양급여비용의 지급을 청구하였다고 하더라도, 사기죄가 성립하지 않는다.

2) 설령, 약사 아닌 자가 약국을 개설한 경우에 사기죄가 성립할 수 있다고 하더라도, 피고인은 약사 공소외인이 적법하게 개설하여 직접 운영하던 약국을 양수하여 운영한 것이고, 처음부터 약사 아닌 자가 개설한 약국을 운영한 것이 아니므로, 피고인에 대하여 사기죄가 성립하지 않는다.

3) 이 사건 요양급여청구가 요양급여 기준에 어긋난다고 볼 사정이 없다면, 요양급여를 받은 환자 중 상당수는 피고인이 요양급여를 제공하지 않았더라도 다른 약국에서 그와 같은 요양급여를 받았을 것이고, 그 경우 공단은 해당 약값 등 요양급여를 지급할 수밖에 없을 것이므로 이에 상당한 요양급여비용에 대해서는 편취금액에서 공제되어야 한다.

나. 양형부당

원심 선고형(징역 1년 6월 등)이 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 또는 법리오해 주장에 대하여

1) 약사법이 제20조 제1항에서 약사 또는 한약사가 아닌 자의 약국 개설을 금지하고, 제93조 제1항 제2호에서 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정을 둔 취지는 의약품 오남용 및 국민 건강상의 위험을 예방하는 한편 건전한 의약품 유통체계 및 판매질서를 확립하려는 것에 있다.

약사법이 금지하는 약국 개설행위는, '약사 또는 한의사가 아닌 자가 약국의 시설, 인력의 충원과 관리, 개설신고, 필요한 자금의 조달과 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하는 것'을 의미하고(헌법재판소 2020. 10. 29.자 2019헌바249 결정 참조), 여기서의 개설행위가 개설신고를 마친 때에 종료하는 것은 아니다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018도10779 판결 등 참조). 따라서 당초 약사가 적법하게 개설한 약국이라고 하더라도, 약사 또는 한의사가 아닌 자가 그 약국을 양수하여 약국의 시설, 인력의 충원과 관리, 개설신고, 필요한 자금의 조달과 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리한 행위는 약사법이 금지하는 약국 개설행위에 해당한다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 약사 공소외인이 1967. 10.경 이 사건 약국을 개설하여 직접 운영하다가 2005. 6.경 약사가 아닌 피고인에게 위 약국을 양도한 사실, 이후 피고인이 이 사건 약국을 주도적으로 운영하면서 직원 및 약국 수익금을 관리하고, 직접 또는 직원들로 하여금 손님들에게 의약품을 조제·판매한 사실이 인정되고, 피고인의 위와 같은 행위는 약사법이 금지하는 약국 개설행위에 해당한다.

2) 약사가 아닌 자가 개설한 약국이 마치 약사법에 의하여 적법하게 개설된 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것으로서 사기죄의 기망행위에 해당하며, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단에서 요양급여비용을 지급받을 경우에는 사기죄가 성립한다.

이 경우 약국의 개설등록인인 약사 아닌 사람이 개설등록 명의를 빌려준 약사로 하여금 환자들에게 요양급여를 제공하게 하였다 하여도 마찬가지이다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2014도11843 판결 등 참조).

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 약국은 피고인이 실질적으로 운영한 2005. 6.경 이후로는 약사법에 따라 적법하게 개설된 약국이 아니므로, 약의 조제는 물론 판매 등의 요양급여 등을 실시할 수 없다.

따라서 피고인이 이 사건 약국을 개설·운영하면서 국민건강보험공단 등에 요양급여비용 등의 지급을 청구하여 그 비용을 지급받은 행위는 사기죄가 성립한다.

3) 한편, 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되는 것으로, 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상의 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않으므로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2006도6687 판결 참조), 피고인이 피해자들로부터 지급받은 요양급여비용 전부에 대하여 사기죄가 성립하고, 피해자들에게 현실적으로 재산상 손해가 발생하지 않았다 하더라도 사기죄의 성립에는 영향을 주지 않는다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 양형부당 주장에 대하여

원심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 원심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 않는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 등 참조).

이 사건 범행의 피해자인 국민건강보험공단 등이 이 사건 약국에 지급한 요양급여 등 17억 원 가량 중 약값과 약사, 직원급여 등 약국 운영을 위해 지출된 비용을 제할 경우 피고인에게 중국적으로 귀속된 이익은 위 편취금액보다는 적은 것으로 보이는 점, 이 사건 약국을 폐업한 점, 피고인에게 벌금형을 초과하는 전과가 없는 점, 피고인과 피고인의 처의 건강상태가 좋지 아니한 점은 피고인에게 유리한 정상이나,

그러나 약사법이 약사에게만 약국을 개설할 수 있도록 한 것은 의약품 오남용 및 국민건강상의 위험을 예방하는 한편 건전한 의약품 유통체계 및 판매질서를 확립함으로써 궁극적으로는 국민보건향상에 기여하려는 데에 그 목적이 있는바, 약사 아닌 피고인이 이 사건 약국을 개설한 행위는 위와 같은 입법목적을 침탈하는 것이어서 비난가능성이 크다.

실제로도 피고인은 약사가 아님에도, 이 사건 약국의 시설, 인력의 충원과 관리, 필요한 자금의 조달과 운영성과의 귀속 등을 주도적으로 처리하는 데에만 그친 것이 아니라, 직접 의약품을 조제·판매하면서 복약지도 등을 하였고, 심지어 임의로 '다이어트 약'을 만들어 조제·판매하거나, 의사의 처방전 없이 항정신성의약품을 판매하였는데, 이는 의약품 오남용 및 국민 건강상의 위험이 증대할 가능성이 높은 것으로서 그 죄질이 나쁘다.

이 사건 범행이 장기간에 걸쳐 이루어졌고, 피고인은 이 사건 편취금 외에도 의약품 매출로 상당한 이익을 얻었을 것으로 보인다.

편취액이 상당함에도, 피고인은 피해회복을 위한 진지한 노력을 기울인 바 없다.

피고인은 약사법위반죄로 두 차례 처벌받은 전력도 있다.

이러한 정상 및 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행 동기 및 범행 후 정황 등 여러 양형조건들을 비롯하여 대법원 양형위원회의 양형기준에 따른 권고형의 범위(징역 4년~22년 6월), 법정형과 처단형의 범위를 종합하여 보면, 원심이 피고인에게 선고한 형이 너무 무거워서 부당하다고는 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 결론

피고인의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 오현규(재판장) 정동진 김정환