

광주지방법원 2013.9.11.선고 2013노1552 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [미간행]

【전문】

【피 고 인】 피고인
【항 소 인】 쌍방
【검 사】 서민석(기소), 정현(공판)
【변 호 인】 변호사 김동관(국선)

【대상판결】

【원심판결】 광주지방법원 2013. 7. 9. 선고 2013고단2297 판결

【주문】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 1년 및 벌금 3,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 검사

1) 법리오해

피고인이 2011. 12. 초순경부터 2012. 3.말 경까지 원심 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 13번 기재와 같이 13회에 걸쳐 필러 시술을 하고 대가를 교부받아 의료행위를 업으로 하였다는 공소사실과 관련하여, 보건범죄 단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)죄는 무면허 의료행위를 영리를 목적으로 업으로 행한 경우에 의료법 위반죄보다 가중처벌하는 죄로서 그 구성요건 등이 의료법위반죄와 다르므로, 비록 피고인이 2012. 3. 26. 무면허 의료행위에 대하여 의료법위반죄로 확정판결을 받았다고 하더라도 그 사실심 판결 선고 전에 범한 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 범행에 대하여는 그 확정판결의 효력이 미치지 않음에도, 이 부분 공소사실에 그 확정판결의 효력이 미침을 전제로 면소라고 판단한 원심에는 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 1년 6월 및 벌금 300만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

가) 법리

살피건대, 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이고(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도4051 판결 등 참조), 한편 포괄일죄의 관계에 있는 범행에 관하여 판결이 확정되었다면 사실심 판결 선고시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하여야 할 것이다(대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2500 판결, 1994. 8. 9. 선고 94도1318 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

(1) 검사가 제출한 각 증거들 및 피고인의 법정진술에 의하면, 피고인은 2012. 3. 26. 광주지방법원에서 의료법위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 판결을 선고받고 그 판결이 2012. 4. 3. 그대로 확정되었던 점 및 위 확정판결의 범죄사실은 피고인이 2010. 6.경부터 2011. 7.경까지 5명으로부터 대가를 받거나 받지 아니하고 무면허로 보톡스나 필러를 주사하는 의료행위를 하였다는 것인 점, 피고인은 위와 같은 재판이 진행 중임에도 위와 같은 무면허 의료행위를 멈추지 아니하고 범죄사실에 기재된 바와 같이 2012. 10. 22.경까지 동일한 방식으로 무면허 의료행위를 계속하여 온 점을 각 인정할 수 있다.

위와 같은 인정사실에다가 무면허 의료행위는 그 범죄의 구성요건의 성질상 동종범죄의 반복이 예상되는 것이므로 반복된 수개의 행위는 포괄적으로 한 개의 범죄를 구성하는 것이라는 점과 이러한 점에 기초하여 피고인에 대한 위 확정판결에서도 피고인이 단일한 범의 하에서 무면허 의료행위를 하였다는 점에서 피고인의 의료법위반 행위를 모두 포괄하여 1죄로 처벌하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인에 대한 위 확정판결의 범죄사실과 이 부분 공소사실은, 그 범행 일시, 장소 및 무면허 의료 시술의 태양 등에 비추어 피고인의 단일하고 계속된 범의 하에 동종의 범행을 동일한 방법으로 하여 온 것으로서 기본적 사실관계가 동일하다고 할 것이어서 포괄일죄의 관계에 있으므로, 위 확정판결의 효력은 그 사실심 판결 선고 이전에 행하여진 이 부분 공소사실에 대하여도 미친다고 할 것이다.

(2) 이에 대하여 검사는, 피고인에 대한 확정판결의 범죄사실은 단순한 의료법위반죄인데, 피고인에 대하여 기소된 이 사건 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)죄는 무면허 의료행위 이외에도 그와 같은 행위를 영리를 목적으로 하여 업으로서 행한 경우에 이를 가중하여 처벌하는 죄로서 그 구성요건 및 처벌규정이 의료법위반죄와는 다르므로 무면허 의료행위에 대한 의료법위반죄의 확정판결이 있다고 하더라도 그 사실심 판결 선고 전에 범한 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 범행에 대하여는 그 확정판결의 효력이 미치지 않는다는 취지로 주장하나, 이와 같은 주장은 주로 상습범의 경우 기존에 기본 구성요건의 범죄로 처벌되었던 경우에는 뒤에 상습범으로 기소된 범행 중 포괄일죄의 관계에 있는 사실심 판결 선고 전의 나머지 범죄에 대해서까지 앞선 확정판결의 효력이 미치지 않는다는 대법원 판결의 취지에 근거한 것으로서 주 1), 상습범에 대한 위와 같은 법리가 범죄의 구성요건의 성질상 동종범죄의 반복이 예상되어 반복된 수개의 행위가 포괄적으로 한 개의 범죄를 구성하는 무면허 의료행위와 같은 영업범에 대해서까지 그대로 적용되기 어려울 뿐만 아니라 주 2), 앞서 본 바와 같이 피고인에 대한 확정판결은 피고인이 ‘영업’으로서 무면허 의료행위를 하였다는 점까지 드러났는지 여부는 확실하지 않다고 하더라도 적어도 피고인이 단일한 범의 하에 위와 같은 무면허 의료행위를 계속하였다는 점이 인정되어 결과적으로 피고인의 의료법위반 행위를 모두 포괄하여 1죄로 처벌을 받았고, 그 범행 내용상 피고인이 대부분의 대상자들로부터 50만 원에서 120만 원이라는 상당한 액수를 교부받고 위와 같은 무면허 의료행위를 하였다는 것으로서 피고인에 대하여 기소된 이 사건 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 범행과 마찬가지로 영리를 목적으로 위와 같은 무면허 의료행위를 하였던 점을 알 수 있는바, 그렇다면 피고인은 확정된 판결을 통하여 포괄일죄의 관계에 있으나 확정판결의 범죄사실에 기재되지 아니한 다른 무면허 의료행위 전부에 대하여 유죄의 확정판결을 받았다고 보아야

할 것이고, 이 부분 공소사실이 위와 같이 유죄의 확정판결을 받은 무면허 의료행위와 기본적 사실관계에 있어 동일하다고 볼 수밖에 없는 이상 이러한 경우까지 피고인에 대한 확정판결의 효력이 그 판결 선고 이전에 행하여진 이 부분 공소사실에 대하여 미치지 않는다고 볼 수는 없다(한편 소추의 대상은 공소사실 그 자체이고 죄수의 판단은 동일한 범죄사실에 대한 법률적 평가로서 법원이 기소된 적용법조에 구애받지 아니하고 공소사실의 동일성을 해하지 않고 피고인의 방어권 행사에 불이익을 주지 아니하는 범위 내에서는 공소장 변경 없이도 이를 인정할 수 있는바(대법원 1987. 5. 26. 선고 87도527 판결, 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도 546 판결 등 참조), 상습범과 관련된 앞서 본 대법원 2001도3206 전원합의체 판결 은 기소된 내용이 기본 구성요건의 범행에 대한 것이라면 이를 다른 범죄사실이나 그 밖의 사정을 부가하여 검사의 기소내용보다 무거운 범죄유형인 상습범에 대한 판결(상습절도와 같이 범죄유형뿐만 아니라 범정형이 중한 다른 죄로 인정될 경우도 있을 것이다)로 바꾸어 적용하는 것이 형사소송의 기본원칙에 비추어 적절하지 않기 때문인 점에 근거하고 있는 것인데, 피고인에 대한 확정판결의 내용과 같이 법원이 법률적 평가를 하여 공소사실의 동일성을 해하지 않고 피고인의 방어권 행사에 불이익을 주지 아니하는 범위 내에서 무면허 의료행위를 포괄일죄로 인정한 이상 사실심 판결선고시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행으로서 같은 포괄일죄의 관계에 있는 무면허 의료행위에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다고 하여야 할 것이고, 뒤늦게 피고인의 무면허 의료행위에 대하여 영리목적과 피고인이 이를 업으로 하였다는 점이 인정되었다고 하더라도 기본적 사실관계에 있어서 동일하다고 볼 수 있는 위 확정판결의 사실심 판결선고 이전에 범하여진 무면허 의료행위까지 재차 처벌할 수는 없다. 만약 이러한 경우까지 확정판결의 효력이 미치지 않는다고 본다면, 기본적 사실관계가 동일한 범행에 대하여 이를 가중하는 별도의 규정이 있는 경우에는 기본범죄로 처벌을 한 후 뒤 늦게 드러난 다른 범죄사실이나 그 밖의 사정을 부가하여 가중하는 별도의 규정을 적용할 수 있는 경우가 밝혀진다는 사정만으로 이를 재차 처벌할 수 있다는 논리가 되는바, 이는 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다는 일사부재리의 원칙(대한민국 헌법 제13조 제1항 후단)과 피고인의 인권 보호 및 피고인의 법적 지위의 불안정 제거 내지 법적 안정성의 보호라는 형사소송법의 이념에 반하는 불합리한 결론이 되어 부당하다).

2) 당심의 판단

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀하게 살펴보면 그 판단이 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 주장은 이유 없다.

나. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 6개월에 걸친 장기간 동안 29회에 걸쳐 불법 필러시술 등을 하고, 2,215만 원을 교부받은 점, 피고인이 한 불법의료행위는 그 위험성이 크고 그로 인하여 실제로 시술을 받은 사람에게 부작용이 발생하기도 하였던 점, 피고인은 2012. 3. 26. 동종 범행인 의료법위반으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고, 위 판결이 2012. 4. 3. 확정되었는데, 그 집행유예 기간 중에 있으면서도 계속하여 동종의 이 사건 범행을 저질러 죄질이 좋지 않은 점은 인정되나, 피고인이 범죄사실을 자백하면서 약 3개월의 구금생활을 통하여 자신의 잘못을 반성해 온 점, 피고인이 이 사건으로 실형을 선고받게 될 경우 위 집행유예 선고가 실효되어 상당기간 추가로 구금생활을 해야 하는 점, 피고인은 당시에 이르러 불법시술로 취득한 이득을 시술받은 사람들에게 일부(9,875,000원) 반환하였고, 시술받은 사람 중 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는 사람도 상당수 있는 점, 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 범죄 전후의 정황 등 제반 양형조건을 종합적으로 고려하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 다소 무거워서 부당하다고 인정되므로, 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항 에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

이 법원이 인정하는 범죄사실 및 그에 대한 증거의 요지는 원심판결 각 해당란에 기재되어 있는 바와 같으므로 형사소송법 제369조 에 의하여 이를 그대로 인용한다.

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조 제1호, 의료법 제27조 (포괄하여, 유기징역형 선택 및 벌금형 병과)

1. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호, 제6호

1. 노역장유치

형법 제70조, 제69조 제2항

1. 공소사실의 요지

피고인은 의사가 아님에도 2011. 12. 초순경 순천시 조례동에 있는 불상의 모텔에서, 필러전용 주사기를 이용하여 공소외 1의 이마와 볼 부위 등에 필러를 주입하는 일명 ‘필러’ 시술을 하고 그 대가로 150만 원을 공소외 2 명의의 농협계좌로 송금받은 것을 비롯하여, 그때부터 2012. 3. 말경까지 사이에 원심 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 13번 기재와 같이 총 13회에 걸쳐 ‘필러’시술을 하고 함께 976만 원 상당을 대가로 교부받아 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다.

2. 판단

검사가 제출한 각 증거들 및 피고인의 법정진술에 의하면, 피고인은 2012. 3. 26. 광주지방법원에서 의료법위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 판결을 선고받고 그 판결이 2012. 4. 3. 그대로 확정되었던 점 및 위 확정판결의 범죄사실은 피고인이 2010. 6.경부터 2011. 7.경까지 5명으로부터 대가를 받거나 받지 아니하고 무면허로 보톡스나 필러를 주사하는 의료행위를 하였다는 것인 점, 피고인은 위와 같은 재판이 진행 중임에도 위와 같은 무면허 의료행위를 멈추지 아니하고 범죄사실에 기재된 바와 같이 2012. 10. 22.경까지 동일한 방식으로 무면허 의료행위를 계속하여 온 점을 각 인정할 수 있다.

위와 같은 인정사실에다가 무면허 의료행위는 그 범죄의 구성요건의 성질상 동종범죄의 반복이 예상되는 것이므로 반복된 수개의 행위는 포괄적으로 한 개의 범죄를 구성하는 것이라는 점과 이러한 점에 기초하여 피고인에 대한 위 확정판결에서도 피고인이 단일한 범의 하에서 무면허 의료행위를 하였다는 점에서 피고인의 의료법위반 행위를 모두 포괄하여 1죄로 처벌하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인에 대한 위 확정판결의 범죄사실과 이 부분 공소사실은, 그 범행 일시, 장소 및 무면허 의료시술의 태양 등에 비추어 피고인의 단일하고 계속된 범의 하에 동종의 범행을 동일한 방법으로 하여 온 것으로서 기본적 사실관계가 동일하다고 할 것이어서 포괄일죄의 관계에 있으므로, 위 확정판결의 효력은 그 사실심 판결 선고 이전에 행하여진 이 부분 공소사실에 대하여도 미친다고 할 것이다.

3. 결론

결국 이 부분 공소사실에 대하여는 확정판결이 있는 때에 해당하므로 형사소송법 제326조 제1호에 의하여 면소를 선고하여야 할 것이나, 이와 포괄일죄의 관계에 있는 판시 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 면소를 선고하지는 아니한다.

판사 양형권(재판장) 신성철 오소현

주1) 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을 종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니 된다(대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결 참조).

주2) 상습범은 단 하나의 범죄행위를 하더라도 그 행위가 상습성이 발현된 것으로 인정되는 경우 성립이 긍정되는 범죄이고, 영업범이나 직업범은 다수 동종의 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되는 범죄로서 그 구성요건의 성질상 범죄의 일시·장소의 근접성이나 범의의 계속성 등이 전제되어 이미 동종의 행위가 반복될 것이라는 사정이 당연히 예상되는 범죄라고 볼 수 있다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.