

대법원 2011.4.14.선고 2009도9576 판결

【사기·의료기사등에 관한 법률위반】 , 【미간행】

【판시사항】

[1] 피고인의 사용인인 간호조무사가 구 의료기사 등에 관한 법률 제30조 제1항 제1호 , 제9조 본문을 위반 하였으므로 피고인에게도 같은 법 제32조 에 따라 그 위반죄가 성립한다는 공소사실에 대하여, 원심이 같은 법 제32조 중 ‘사용인 기타 종업원의 위반행위에 따른 법인에 대한 양벌조항’이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하였다고 무죄를 선고한 사안에서, 헌법재판소의 위헌결정이 ‘사용인 기타 종업원의 위반행위에 따른 개인에 대한 양벌조항’ 부분에는 효력이 미치지 않음에도 이와 달리 보아 무죄로 본 원심판단은 위법하나, 원심판결 선고 후 헌법재판소가 개인에 대한 양벌조항에 관하여도 위헌결정을 함으로써 위 조항이 소급하여 효력을 상실하였으므로, 무죄를 선고한 원심판결은 결과에서 정당하다고 한 사례

[2] 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 일부는 유죄, 일부는 무죄를 선고한 제1심판결에 대하여 피고인은 항소하지 않고 검사만이 전체에 대하여 항소한 경우 항소심의 심판범위(=1심판결 전부) 및 항소법원이 항소이유서에 포함되지 않은 ‘형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정’에 대하여 직권으로 심판할 수 있는지 여부(적극)

【참조조문】

[1] 구 의료기사 등에 관한 법률(2011. 3. 30. 법률 제10515호로 개정되기 전의 것) 제9조 , 제30조 제1항 제1호 , 제32조 , 헌법재판소법 제47조 제2항 / [2] 형사소송법 제364조 제1항 , 제2항

【참조판례】

[1] 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가24 결정 (헌공154, 1435), 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2009헌가23 결정 (헌공168, 1591) / [2] 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5035 판결 (공2004하, 1904), 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도7537 판결 , 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008도1092 판결 (공2011상, 154)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 변호사 홍임석 외 2인

【대상판결】

【원심판결】 서울서부지법 2009. 8. 20. 선고 2009노188 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 사기의 점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 사기의 점에 대한 공소사실에 대하여 그 범죄의 증거가 없음을 이유로 무죄를 선고한 제1심 판결을 그대로 유지한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

2. ‘의료기사 등에 관한 법률’ 위반의 점에 대하여

가. 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우(헌법재판소법 제47조 제2항 단서)에는 당해 법규정을 적용하여 기소한 피고사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다(대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결 등 참조). 그러나 헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일부에 한하여 위헌이 선언된 경우 같은 조항의 다른 부분은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이다(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정 참조).

이 사건 공소사실 중 구 ‘의료기사 등에 관한 법률’(2011. 3. 30. 법률 제10515호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘의료기사법’이라고 한다) 위반의 점의 요지는 피고인의 사용인인 간호조무사가 원심 판시와 같이 의료기사법 제30조 제1항 제1호, 제9조 본문을 위반하였으므로 피고인에 대하여도 같은 법 제32조 의 양벌조항에 따라 그 위반죄가 성립한다는 것이다.

이에 대하여 원심은 의료기사법 제32조 중 ‘사용인 기타의 종업원의 위반행위에 따른 법인에 대한 양벌조항’이 제1심판결 선고 후 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가24 결정)으로 소급하여 효력을 상실하였으므로 위 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다는 이유로 제1심의 유죄판결을 파기하고 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

앞서 본 법리에 의하면, 의료기사법 제32조 중 법인에 대한 양벌조항에 관한 헌법재판소의 위 위헌결정은 ‘사용인 기타의 종업원의 위반행위에 따른 개인에 대한 양벌조항’ 부분(이하 ‘이 사건 적용법조’라고 한다)에 대하여는 그 효력이 미치지 아니한다. 그럼에도 불구하고 위 헌법재판소의 결정이 이 사건 적용법조에도 미친다고 보아 위 공소사실을 무죄로 본 원심의 판단에는 헌법재판소의 위헌결정의 효력범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그런데 헌법재판소는 원심판결 선고 후 이 사건 적용법조가 헌법에 위반된다는 결정을 선고한 바 있고(헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2009헌가23 결정), 이로써 이 사건 적용법조 역시 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하였다.

그렇다면 이 사건 의료기사법 위반의 점에 대한 공소사실은 결국 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 할 것이므로, 이에 대하여 무죄를 선고한 원심판결은 그 결과에 있어서 정당하다.

나. 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 일부는 유죄, 일부는 무죄를 선고한 제1심판결에 대하여 피고인은 항소하지 아니하고 검사만이 무죄부분에 한정하지 아니하고 그 전체에 대하여 항소한 경우에, 제1심판결 전부가 항소심에 이심되어 항소심의 심판범위에 속한다 (대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5035 판결 등 참조). 또한 항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 하지만, 판결에 영향을 미친 사유에 대하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다(형사소송법 제364조 제1항, 제2항). 그렇다면 형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 재심청구사유(헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항) 및 항소이유(형사소송법 제361조의5 제13호)에 해당하여, 비록 항소이유서에 항소이유로 포함되어 있지 아니한 경우에도 항소심이 직권으로 이에 대하여 심판할 수 있다 (대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도7537 판결 , 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008도1092 판결 등 참조).

이 부분 공소사실에 대한 원심판결은 위 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 항소법원의 심판범위 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안을 달리하므로 여기서 원용하기에 적절하지 아니하다.

다. 한편 법원이 검사에게 공소장변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다. 나아가 양벌조항으로 기소된 피고인을 공소장변경 없이 무면허의료기사행위자와의 공동정범으로 처벌할 수 없을 뿐 아니라, 원심이 공동정범으로 피고인을 유죄로 인정하지 아니한 것이 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로도 보기 어렵다. 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김지형(재판장) 전수안 양창수(주심) 이상훈