

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014도10051 가. 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매
알선등)
나. 외국환거래법위반
다. 의료법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 정재욱

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2014. 7. 24. 선고 2014노1636 판결

판 결 선 고 2018. 2. 8.

주 문

원심판결 중 각 의료법위반 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의
부에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 관하여

원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 피고인 운영의 안마시술업소에서 행한 마사지와 유사성교행위가 의료법위반죄와 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반죄(이하 '성매매처벌법위반죄'라고 한다)의 실체적 경합관계에 있다 하더라도 손님으로부터 지급받는 서비스대금은 그 전부가 마사지 대가이면서 동시에 유사성교행위의 대가라고 봄이 타당하다고 판단하여, 유사성교행위가 포함된 서비스대금 전액의 추징을 명한 제1심판결을 그대로 유지하고, 서비스대금 중 유사성교행위의 대가와 마사지 대가를 구분하여 마사지 대가 부분을 추징액에서 공제하여야 한다는 취지의 피고인의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 미흡한 부분이 있지만, 피고인이 마사지를 제외한 유사성교행위의 요금을 따로 정하지 아니하고 마사지가 포함된 전체 요금만을 정해 두고 영업을 한 점 등 기록에 나타난 사정들에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 마사지가 유사성교행위와는 별개의 행위로서 별죄를 구성한다 하더라도 피고인이 위와 같은 서비스를 제공하고 취득한 대금에서 유사성교행위의 대가를 갈라내어 나눌 수 없는 이상, 그 전액이 성매매알선의 범죄로 인하여 취득한 이익에 해당하여 추징액에 포함되어야 한다는 취지로 볼 수 있고, 그와 같은 원심의 결론 역시 수긍할 수 있다.

따라서 제1심 및 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 의료법위반죄와 성매매처벌법위반죄의 관계, 성매매처벌법위반죄로 인하여 취득한 이익의 추징 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

2. 상고이유 제2점에 관하여

가. 의료법 제82조 제1항은 "안마사는 장애인복지법에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사에게 자격인정을 받아야 한다."고 규정하고, 의료법 제88조 제3호는 위 제82조 제1항에 따른 안마사 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마를 한 사람을 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 의료법 제82조 제1항에 따른 안마사의 자격은 우리나라 시·도지사의 자격인정에 의하여 부여되는 것으로서 안마사를 시·도지사의 자격인정을 받은 시각장애인으로 제한하는 위 규정의 목적이 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하려는 데 있음을 고려하면, 대한민국 영역 외에서 안마업을 하려는 사람에게까지 시·도지사의 자격인정을 받아야 할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 내국인이 대한민국 영역 외에서 안마업을 하는 경우에는 위와 같은 의무위반을 처벌하는 의료법 제88조 제3호의 구성요건 해당성이 없다고 할 것이다.

나. 원심은 이 사건 공소사실 중 '피고인이 일본국 도쿄도에 있는 안마시술업소에서 안마사 자격이 없는 종업원들을 고용하여 그곳을 찾아오는 손님들로부터 대가를 받고 전신을 손바닥과 손가락으로 누르거나 주물러 자극을 주는 물리적 시술행위를 하도록 하였다'는 취지의 각 의료법 위반 부분을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그러나 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 피고인이 대한민국 영역 외인 일본국에서 우

리나라 시·도지사의 자격인정을 받지 아니한 종업원들로 하여금 안마를 하게 하였다 하더라도 그 종업원들의 안마행위가 의료법 제88조 제3호의 구성요건에 해당하지 않는 이상 피고인을 의료법 제91조의 양벌규정에 의하여 의료법위반죄로 처벌할 수는 없다.

그럼에도 이와 달리 내국인이 대한민국 영역 외에서 안마업을 하는 경우에도 의료법 제82조 제1항의 자격인정을 받아야 할 의무가 있다는 그릇된 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 의료법 제82조 제1항의 적용범위, 의료법 제88조 제3호의 구성요건 해당성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 파기의 범위

원심은 이 사건 공소사실 중 각 의료법위반 부분과 유죄로 인정된 나머지 부분을 형법 제37조 전단의 경합범 관계로 보아 위 나머지 부분에 대하여는 징역형을 선택하여 하나의 형을 정하고 각 의료법위반 부분에 대하여는 벌금형을 선택하여 이를 병과한 제1심판결을 유지하였다.

이 경우 벌금형이 선고된 각 의료법위반 부분과 징역형이 선고된 나머지 부분은 소송상 별개로 분리 취급되어야 하므로, 징역형이 선고된 나머지 부분은 파기 범위에 속하지 아니한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11921 판결 등 참조).

4. 결론

그러므로 원심판결 중 각 의료법위반 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박상옥 _____

대법관 김 신 _____

대법관 이기택 _____

주 심 대법관 박정화 _____