

## 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001도4792 판결

【보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [공2002.1.1.(145),119]

### 【판시사항】

[1] 공동정범의 성립요건

[2] 피고인이 한의사가 아닌 자와 공모하여 영리를 목적으로 한방의료행위를 업으로 하였다고 인정할 수 없다고 한 사례

[3] 보건범죄단속에관한특별조치법위반의 공동정범으로 기소된 피고인의 행위가 그 방조행위에는 해당하지만 심리과정에서 이에 관한 언급이나 공소장변경이 없는 경우, 보건범죄단속에관한특별조치법위반의 방조범으로 처벌할 수 있는지 여부(소극)

### 【판결요지】

[1] 형법 제30조 의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

[2] 피고인이 한의사가 아닌 자와 공모하여 영리를 목적으로 한방의료행위를 업으로 하였다고 인정할 수 없다고 한 사례.

[3] 피고인의 행위가 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조에 해당된다고 하더라도, 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 공동정범으로 공소가 제기된 사건의 심리과정에서 단 한 번도 언급된 바 없는 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조사실을 법원이 공소장의 변경도 없이 그대로 유죄로 인정하는 것이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조사실을 유죄로 인정하지 아니하는 것이 현저히 정의와 형평에 반하는 것이라고 보여지지도 아니한다.

### 【참조조문】

[1] 형법 제30조 / [2] 형법 제30조 , 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 , 의료법 제25조 / [3] 형사소송법 제298조 , 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조

### 【참조판례】

[1] 대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1114 판결 (공1988, 1294), 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도3204 판결 (공1993상, 1188), 대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1435 판결 (공1993하, 2479), 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2461 판결 (공1996상, 846), 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도2427 판결 (공1997상, 708), 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1940 판결 (공1997하, 3364), 대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결 (공1998하, 2044), 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1832 판결 (공1998하, 2633), 대법원 1999. 9. 17. 선고 99도2889 판결 (공1999하, 2269), 대법원 2000. 4. 7. 선고 2000도576 판결 (공2000상, 1214) / [3] 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도676 판결 (공1991, 1831), 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도1684 판결 (공1996상, 1169)

## 【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 검 사

【변호인】 변호사 황철수

## 【대상판결】

【원심판결】 부산고법 200 1. 8. 23. 선고 2001노347 판결

## 【주문】

상고를 기각한다.

## 【이유】

상고이유를 본다.

1. 공동정범에 관한 법리오해의 주장에 대하여

가. 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다 ( 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1940 판결 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 판시 증거에 의하여 (1) 부산 중구 (주소 생략) 소재 피고인 소유 건물의 2층에 있는 (상호명 생략) 은 공소의 1 이 1999년 12월경 위 건물의 2층을 임차하여 (상호명 생략) 이란 간판을 걸고 발맛사지 영업을 겸한 국산 전통 찻집을 운영하려다가 그만둔 곳으로서 이 사건 범행 당시에는 영업을 하지 않아 비어 있었던 사실, (2) 피고인은 약 20년 전부터 좌골허리신경통으로 고통을 겪다가 10여 년 전에 우연히 부산 ○○국민학교 근처에서 침술업을 하던 제1심 공동피고인 1 로부터 침을 맞고 허리통증이 치유된 적이 있었는데, 그 후 약 2년 전에 허리통증이 재발되자 종전에 침을 놓아준 제1심 공동피고인 1 을 수소문하여 그가 경주에 살고 있는 것을 알고서는 제1심 공동피고인 1 의 집을 방문하여 몇 차례 더 침을 맞아 온 사실, (3) 그러다가 피고인이 다리가 아파 제1심 공동피고인 1 의 집을 방문하여 침을 맞지 못하게 되자 2001년 1월 초순경 제1심 공동피고인 1 을 영도에 있는 피고인의 집에 초대하여 대접하면서 부산에 내려

와 침을 줌 놓아 달라고 부탁하였고, 이에 제1심 공동피고인 1 은 그 다음날 다시 부산으로 내려와서 지하철 역이 가까이에 있어 교통이 편리하고 당시 비어 있던 위 (상호명 생략) 의 내실에서 피고인에게 침을 놓아준 후 피고인으로부터 차비 등 경비조로 5만 원을 받아 간 사실, (4) 제1심 공동피고인 1 은 그 이틀 후 피고인의 부탁으로 부산에 내려와 위 (상호명 생략) 에서 피고인과 전에 제1심 공동피고인 1 로부터 침을 맞은 바 있는 보험설계사인 공소외 2 에게 침을 놓아주고 차비 등 경비조로 피고인과 공소외 2 로부터 1만 원씩을 받아 갔고, 그 이틀 후에도 부산에 내려와 위 (상호명 생략) 에서 피고인, 공소외 2 외에 피고인의 시숙, 발등을 다친 성명불상자 등 4명에게 침을 놓아주고 공소외 2 으로부터 1만 원, 피고인 등으로부터 4만 원을 받아 갔으며, 그 이틀 후에도 부산으로 내려와 위 4명 외에도 피고인 남편인 공소외 3 의 대학교 동창생인 공소외 4 와 그의 처 공소외 5 가 고혈압증세에 침이 좋다는 소문을 듣고 찾아오자 침을 놓아준 후 그들로부터 2만 원씩을 받아 간 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면, 피고인은 우선 그 자신이 제1심 공동피고인 1 으로부터 침을 맞아 허리통증 등에 효험을 보기 위하여 경주에 있는 제1심 공동피고인 1 을 2일에 한번씩 부산으로 오게 한 것으로 보이고, 피고인 소유의 2층 건물에 있는 위 (상호명 생략) 은 처음부터 피고인이 침술을 비롯한 민간 의료행위를 하기 위하여 설치한 시설이 아니라 공소외 1 이 그 곳에서의 점포 운영을 그만둔 후 교통의 편의 때문에 위와 같은 경위로 부산에 오게 된 제1심 공동피고인 1 의 침술 장소로 일시 사용된 것으로 보이며, 피고인이 그 주위의 사람들에게 제1심 공동피고인 1 의 침술이 효과가 있다는 소문을 내고 이들과 함께 침을 맞은 다음 한 사람 당 1만 원 정도의 침시술비를 제1심 공동피고인 1 에게 모아 준 것은 피고인의 부탁으로 피고인에게 침을 놓으려 부산에 내려오는 제1심 공동피고인 1 에게 미안하기도 하여 제1심 공동피고인 1 이 그 기회에 차비 등 약간의 경비라도 벌어들일 수 있도록 배려해 준 것으로 보이는바, 여기에 피고인이 제1심 공동피고인 1 의 침시술비 중의 일부를 가진 사실이 인정되지 않는 점, 피고인은 위와 같이 얼마 되지 않는 침시술비 수입이 없더라도 생계를 영위하는 데는 어려움이 없는 고정적인 부동산 임대수입이 있는 점까지 덧붙여 보면, 피고인이 한의사가 아닌 제1심 공동피고인 1 과 공모하여 영리를 목적으로 한방의료행위를 업으로 하였다고 단정하기는 어렵다고 할 것이고, 그 밖에 기록을 살펴보아도 피고인이 정범으로서의 범의 하에 제1심 공동피고인 1 을 불러 위와 같은 한방의료행위를 업으로 하였다고 볼 만한 뚜렷한 증거는 없다는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

다. 기록 및 위와 같은 법리에 의하여 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 수긍이 가고, 거기에 주장과 같은 판결에 영향을 미친 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 공소장변경에 관한 법리오해의 주장에 대하여

상고이유의 주장은 피고인이 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 공동정범에 해당하지 아니한다고 할지라도 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조범으로는 처벌할 수가 있음에도 불구하고, 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 공소장변경에 관한 법리를 오해하였다는 것이나, 가사 상고이유의 주장과 같이 피고인의 행위가 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조에 해당된다고 하더라도, 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 공동정범으로 공소가 제기된 이 사건의 심리과정에서 단 한 번도 언급된 바 없는 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조사실을 법원이 공소장의 변경도 없이 그대로 유죄로 인정하는 것이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 방조사실을 유죄로 인정하지 아니하는 것이 현저히 정의와 형평에 반하는 것이라고 보여지지도 아니한다. 따라서 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)의 공동정범으로 기소된 피고인에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 수긍이 가고, 거기에 주장과 같은 판결에 영향을 미친 공소장변경에 관한 법리오해의 위법이 없으며, 상고이유에서 들고 있는 대법원판례는 이 사건과는 사안을 달리하는 것이어서 원용하기에 적절하지 아니하다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.