

마약법위반

[대법원 1996. 4. 12. 96도304]



【판시사항】

매매할 목적으로 마약을 소지한 자가 그 마약을 매도하거나 미수에 그친 경우 마약매매죄 또는 마약매매미수죄와 별도로 마약매매목적소지죄가 성립하는지 여부(적극)

【판결요지】

매매할 목적으로 마약을 소지한 자가 그 마약을 매도하거나 매매행위에 착수하였으나 미수에 그친 경우에는, 그 소지행위가 매매실행행위와 불가분의 관계에 있거나 사회 통념상 매매실행행위의 일부로 평가되는 것뿐이 아닌 한, 마약법 제60조 제1항 제1호 소정의 마약매매죄 또는 제60조 제3항, 제1항 제1호 소정의 마약매매미수죄와 제60조 제1항 제1호 소정의 마약 매매횡적소지죄가 성립하고, 두 죄는 실체적 경합범의 관계에 있다고 봄이 상당하고, 그 마약의 소지행위가 매도행위의 준비의 일환으로 일시적으로 이루어진 것이라고 하더라도, 소지행위가 매매행위에 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 볼 것은 아니다.

【참조조문】

마약법 제60조 제1항 제1호, 제3항

【참조판례】

대법원 1977. 12. 13. 선고 77도1380 판결(공1978, 10519)

【전문】

【피고인】

【상고인】 피고인들

【변호인】 변호사 오재훈 외 1인

【원심판결】 서울고법 1995. 12. 28. 선고 95노2275 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다. 상고 후의 구금일수 중 100일씩을 피고인들에 대한 각 본형에 산입한다.

【이유】

상고이유를 본다.

매매할 목적으로 마약을 소지한 자가 그 마약을 매도하거나 매매행위에 착수하였으나 미수에 그친 경우에는, 그 소지행위가 매매실행행위와 불가분의 관계에 있거나 사회 통념상 매매실행행위의 일부로 평가되는 것뿐이 아닌 한, 마약법 제60조 제1항 제1호 소정의 마약매매죄 또는 제60조 제3항, 제1항 제1호 소정의 마약매매미수죄와 제60조 제1항 제1호 소정의 마약매매목적소지죄가 성립하고, 두 죄는 실체적 경합범의 관계에 있다고 봄이 상당하고, 그 마약

의 소지행위가 매도행위의 준비의 일환으로 일시적으로 이루어진 것이라고 하더라도, 소지행위가 매매행위에 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 볼 것은 아니다.

왜냐하면, 마약법이 마약매매죄와 별도로 마약소지죄를 독립한 범죄로 규정하고 있고, 마약의 매매행위에 소지행위가 반드시 선행하는 것도 아니므로, 매매행위의 착수에 나아가기 전에 이미 매매를 목적으로 마약을 소지함으로써 마약법 제60조 제1항 제1호 소정의 마약매매목적소지죄가 성립한 이상, 그 후 마약을 소지한 사람이 매도행위에 나아갔다고 하여 이미 성립한 마약매매목적소지죄가 매매행위에 흡수된다고 보는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라, 만약 위 소지행위가 매매행위에 흡수된다고 한다면, 매매행위의 착수에 나아가지 않는 경우는 제60조 제1항 제1호 소정의 마약매매목적소지죄가 성립하여 무기 또는 징역 7년 이상의 유기징역에 처하게 됨에 비하여, 매매행위의 착수에 나아갔다가 미수에 그친 경우에는 제60조 제3항, 제1항 제1호 소정의 마약매매미수죄만이 성립하고 위 법정형에 대하여 형법 제25조에 의한 감경을 할 수 있어, 오히려 매매행위의 착수에 나아간 자가 그러한 행위에 나아가지 아니한 자보다 가볍게 처벌을 받을 수 있게 되어 불합리하기 때문이다.

원심은 그 설시에 미흡한 점이 없지 않으나, 피고인들의 이 사건 마약 소지행위가 마약법 제60조 제1항 제1호의 마약매매목적소지죄를 구성한다고 본 조치는 정당하고, 거기에 소론과 같은 위법이 없다.

또한 소론이 들고 있는 당원 1977. 12. 13. 선고 77도1380 판결은 이 사건과 사안을 달리하는 것이므로, 이 사건에서 원용할 판례가 아니다.

논지는 이유 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고 후 미결구금일수 중의 일부를 각 그 본형에 산입하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용훈(재판장) 박만호 박준서(주심) 김형선