

마약류관리에관한법률위반(향정)·공문서위조·근로기준법위반·사기·  
위증·전자금융거래법위반·특수절도·공전자기록등불실기재·불실기재  
공전자기록등행사

[대법원 2010. 4. 29. 2010도1071]



【판시사항】

- [1] 메스암페타민을 함유하는 향정신성의약품은 그 함유량 및 함유율의 정도에 관계없이 구 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목에 정한 향정신성의약품에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 필로폰에 메스암페타민이 함유된 사실이 확인되는 이상, 다른 불순물로 인하여 그 메스암페타민의 함유율이 낮다 하더라도 위 필로폰이 구 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목에 정한 향정신성의약품에 해당한다고 한 사례
- [3] 필로폰을 수입한 다음 타인 간에 필로폰 거래가 있는 것으로 가장된 정보를 수사기관에 제공할 목적으로 커피숍 및 식당에 맡겨두기 위하여 소지한 행위를 필로폰 수입행위와는 독립한 별개의 소지행위로 본 원심판단을 수긍한 사례

【참조조문】

- [1] 구 마약류관리에 관한 법률(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4호 (나)목, 구 마약류관리에 관한 법률 시행령(2009. 7. 1. 대통령령 제21605호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항  
[별표 4]
- [2] 구 마약류관리에 관한 법률(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4호 (나)목, 구 마약류관리에 관한 법률 시행령(2009. 7. 1. 대통령령 제21605호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항  
[별표 4]
- [3] 형법 제37조, 구 마약류관리에 관한 법률(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제58조 제1항 제6호, 제60조 제1항 제3호

【참조판례】

- [1] 대법원 1998. 4. 10. 선고 98도306 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들

【변 호 인】 변호사 황태윤외 2인

【원심판결】 서울고법 2010. 1. 5. 선고 2009노1802, 2331, 2544, 2581 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 본다.

1. 피고인 1에 대하여

가. 필로폰 수입의 공모 등에 관하여

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없다( 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 등 참조). 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다( 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도235 판결 등 참조).

원심의 채택 증거들을 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유에서 피고인 1에게는 판시 각 필로폰 수입범행에 대한 공모의 점과 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배의 점이 인정되므로 단순한 방조범이 아니라 공동정범으로서의 책임을 면할 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 그 판단에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

나. 함정수사 주장에 관하여

상고이유의 주장과 같이 판시 각 필로폰 수입범행의 공범인 공소외 1이나 공소외 2가 수사기관과 직접적인 관련을 맺은 상태에서 사술이나 계략 등을 써서 피고인 1에게 그 범의를 유발시켰다고 볼 자료가 없으므로, 피고인 1의 위 각 범행에 대한 공모·가담이 함정수사에 의한 것이라고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

다.

사기 및 특수절도에 관하여

원심의 채택 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 1에 대한 판시 각 사기 및 특수절도의 범죄사실을 유죄로 인정한 원심의 조치는 옳고, 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 관련 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 양형부당 주장에 관하여

피고인 1에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 원심의 형량이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 2. 피고인 2에 대하여

### 가. 착오 자백의 주장에 관하여

범행에 대한 제1심 및 원심 법정에서의 자백이 착오에 기인한 것이라는 주장은 범죄사실을 부인하는 데 귀착되므로, 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 나. 양형부당 주장에 관하여

피고인 2에 대하여 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서, 형량이 너무 무겁다는 주장 또는 적법한 상고이유가 될 수 없다.

## 3. 피고인 3에 대하여

### 가. 필로폰 수입의 공모에 관하여

원심의 채택 증거들을 앞서 본 공동정범에 관한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유에서 피고인 3이 공소외 3 등과 공모하여 필로폰 506.64g을 수입하였다는 범죄사실을 유죄로 인정한 조치는 옳고, 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 않은 위법이 없다.

### 나. 필로폰의 메스암페타민 함유율에 관하여

마약류관리에 관한 법률(이하 '법률'이라 한다) 제2조 제4호 (나)목은 '오용 또는 남용의 우려가 심하고 매우 제한된 의료용으로만 쓰이는 것으로서 이를 오용 또는 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성을 일으키는 약물이나 이를 함유하는 물질'을 향정신성의약품의 하나로 규정하고 있고, 법률 제4조 제1항은 마약류취급자가 아닌 자에 대하여 향정신성의약품의 취급을 금지하고 있으며, 법률 제58조 제1항 제6호에서는 '제4조 제1항의 규정에 위반하여 제2조 제4호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 제조 또는 수출입할 목적으로 소지·소유한 자'를 처벌하도록 규정하고 있고, 법률 시행령 제2조 제3항 [별표 4] 번호 4는 메스암페타민을 법률 제2조 제4호 (나)목 소정의 향정신성의약품으로 규정하고 있으며, 그 함유량 및 함유율에 대하여는 따로 이를 제한하는 규정은 없다.

이러한 관련 규정의 내용과 더불어, 향정신성의약품 및 원료물질의 취급·관리를 적정히 함으로써 그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 하는 법률의 정신에 비추어 보면, 소량이라도 메스암페타민을 함유하는 향정신성의약품은 그 함유량 및 함유율의 정도에 관계없이 법률 제2조 제4호 (나)목 소정의 향정신성의약품에 해당한다고 보아야 한다 (대법원 1998. 4. 10. 선고 98도306 판결 참조).

기록에 의하면, 피고인 3이 공소외 3 등과 공모하여 수입한 필로폰 506.64g에 메스암페타민이 함유된 사실이 확인되는 이상, 다른 불순물로 인하여 그 메스암페타민의 함유율이 낮다 하더라도 위 필로폰이 법률 제2조 제4호 (나)목 소정의 향정신성의약품에 해당하지 않는다고 할 수 없으므로, 원심이 위 필로폰 전량에 대하여 법률 제58조 제1항 제6호 위반죄로 의율한 조치는 정당하고, 상고이유의 주장과 같이 심리를 다하지 아니하거나 관련 법리를 오해한 위법이 없다.

다.

함정수사 주장에 관하여

기록에 의하면, 피고인 3은 수사기관에 필로폰 수입에 대한 정보를 제보함으로써 그 정보제공자가 수사·재판 또는 형집행에서 선처를 받을 수 있게 하는 속칭 '공적사업'에 이용할 의도에서 스스로 판시와 같은 필로폰 수입의 각 범행을 공모·실행한 사실을 알 수 있을 뿐, 수사기관에 의하여 피고인 3의 위 각 범행에 대한 범의가 유발되었다고 볼 자료가 없으므로, 위 각 범행이 함정수사에 의한 것이라고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

라. 필로폰 수입행위와 소지행위의 별도 기소에 관하여

수입한 향정신성의약품을 처분함이 없이 계속 소지하고 있는 경우, 그 소지행위가 수입행위와 불가분의 관계에 있는 것이라거나 수입행위에 수반되는 필연적 결과로서 일시적으로 행하여진 것에 지나지 않는다고 평가되지 않는 한 그 소지행위는 수입행위에 포괄 흡수되지 아니하고 향정신성의약품의 수입죄와 별도로 향정신성의약품의 소지죄가 성립한다( 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도869 판결 등 참조).

원심판결의 이유와 기록에 의하면, 피고인 3, 4는 공모하여 ① 2008. 4. 6. 인천국제공항을 통하여 필로폰 101.2g을 수입한 다음 2008. 4. 11. 타인 간에 필로폰 거래가 있는 것처럼 가장하고 그 가장된 정보를 수사기관에 제공할 목적으로 위 수입한 필로폰 중 91.2g을 원심 판시 커피숍에 맡겨두기 위하여 소지하고, ② 2008. 4. 20. 인천국제공항을 통하여 필로폰 108.3g을 수입한 다음 2008. 4. 24. 위와 같은 목적으로 위 수입한 필로폰 중 105.8g을 원심 판시 식당에 맡겨두기 위하여 소지한 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 필로폰 소지행위는 그 목적과 경위 및 방법에 비추어 그 필로폰 수입행위와 불가분의 관계에 있다거나 그에 필연적으로 수반되는 결과로 평가될 수 없고, 오히려 사회통념상 필로폰 수입행위와는 독립한 별개의 소지행위를 구성한다고 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인 3에 대하여 별도로 기소된 위 필로폰 소지행위와 필로폰 수입행위를 모두 유죄로 인정하고 실체적 경합범으로 의율한 것은 정당하고, 상고이유의 주장과 같이 관련 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 4. 피고인 4에 대하여

가. 필로폰 수입의 공모 등에 관하여

원심의 채택 증거들을 앞서 본 공동정범에 관한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유에서 피고인 4에게는 판시 각 필로폰 수입범행에 대한 공모의 점과 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배의 점이 인정되므로 단순한 방조범이 아니라 공동정범으로서의 책임을 면할 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 그 판단에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

나. 필로폰 수입행위와 소지행위의 별도 기소에 관하여

제3.의 라.항에서 본 바와 같은 이유에서, 원심이 피고인 4에 대하여 별도로 기소된 제3.의 라.항 기재와 같은 필로폰 소지행위와 필로폰 수입행위를 모두 유죄로 인정하고 실체적 경합범으로 의율한 것은 정당하고, 상고이유의 주장과 같이 관련 법리를 오해한 위법이 없다.

다.

양형부당 주장에 관하여

피고인 4에 대하여 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서, 형이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 5. 피고인 5에 대하여

가. 필로폰 수입의 공모 등에 관하여

적법하게 채택·조사된 증거들과 앞서 본 공동정범에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 5에 대한 이 사건 각 필로폰 수입의 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 수긍이 가고, 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 함정수사 주장에 관하여

원심은, 피고인 5가 공소외 4, 5와 공모하여 필로폰을 수입하였다는 범행과 관련하여, 그 판시와 같은 여러 사정에 비추어, 공소외 4가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피고인 5를 상대로 위 범행을 부탁하였던 것으로 보이고 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼만한 사정이 없다는 이유로, 피고인 5의 위 범행이 함정수사에 의한 것이라는 주장을 배척하였는바, 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

## 6. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 김영란(주심) 이흥훈 민일영