

마약류관리에관한법률위반(향정)

[서울고법 2011. 3. 17. 2010노3608]



【판시사항】

- [1] 마약류 매도의 대가로 받은 대금 등이 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 필요적 몰수·추징의 대상이 되는지 여부(적극) 및 마약류를 취급한 피고인이 이를 이용한 추가 범행으로 수익금을 얻은 경우, 마약류 자체의 가액 등과 별도로 위 수익금도 추징의 대상이 되는지 여부(적극)
- [2] 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수·추징의 법적 성질(=징벌적 성질의 처분) 및 죄를 범한 자가 수인인 경우 위 조항에 의한 추징의 범위
- [3] 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 피고인들 중 일부 피고인에 대하여 마약류를 이용한 추가 범행으로 인한 수익금을 추징 대상에서 제외하는 한편, 수익금 발생 관련 추가 범행에 관여하지 않은 일부 피고인에 대하여 위 수익금 전액의 추징을 명한 원심판결에 추징에 관한 법리오해의 위법이 있다는 이유로, 이를 직권파기하고 다시 판결한 사례

【판결요지】

- [1] 마약류를 타인에게 매도한 경우 매도의 대가로 받은 대금 등은 마약류관리에 관한 법률 제67조에 규정된 범죄행위로 인한 수익금으로서 필요적으로 몰수하여야 하고, 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징하여야 한다. 한편 같은 법 제67조는 "이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다. 다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다."고 규정하고 있으므로, 마약류를 취급한 피고인이 이를 이용한 추가 범행으로 수익금을 얻었다면 마약류 자체의 가액이나 범행자금과는 별도로 위 수익금 역시 추징하여야 한다.
- [2] 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아닌 징벌적 성질의 처분이므로 위 범행으로 이득을 취득하지 않았더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하고, 추징의 범위에 관하여는 죄를 범한 자가 여러 사람일 때에는 각자에 대하여 그가 취급한 범위 내에서 마약류 가액 전액의 추징을 명하여야 한다. 그러나 위와 같은 법리는 추징 대상의 동일성이 인정되는 경우에 적용되는 것이므로, 마약류 관련 추가 범행으로 수익금이 발생하여 마약류 자체와는 별도로 위 수익금이 추징의 대상이 된 경우, 수익금 발생 관련 범행에 전혀 관여하지 않은 피고인에게까지 수익금 전액의 추징을 명하거나 중첩관계를 인정할 수는 없다.
- [3] 피고인들이 필로폰을 국내로 밀수입 또는 투약·매수하거나 제3자에게 매도·교부하였다고 하여 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 사안에서, 피고인들 중 일부 피고인에 대하여 필로폰 자체의 가액만을 추징할 뿐 이를 이용하여 추가로 저지른 범행으로 인한 수익금을 추징 대상에서 제외하는 한편, 수익금 발생 관련 추가 범행에 관여하지 않은 일부 피고인에 대해서 수익금 전액의 추징을 명한 원심판결에 추징에 관한 법리오해의 위법이 있다는 이유로, 이를 직권파기하고 다시 판결한 사례.

【참조조문】

- [1] 마약류관리에 관한 법률 제67조
[2] 마약류관리에 관한 법률 제67조
[3] 형법 제30조, 구 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정되기 전의 것) 제42조, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목, 제4조 제1항, 제58조 제1항 제6호, 제60조 제1항 제3호, 제67조, 형사소송법 제368조

【참조판례】

- [1]
[2] 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결(공2002상, 440), 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결(공2010하, 1852) / [1] 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도3397 판결(공1997상, 1160) /
[2] 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도546 판결(공2000하, 2164)

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 조용한

【변 호 인】 변호사 박준용 외 1인

【원심판결】 인천지법 2010. 12. 9. 선고 2010고합493, 601 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 2년 6월에, 피고인 2를 징역 8월에, 피고인 3을 징역 10월에, 피고인 4를 판시 제7의 가. (1) 내지 (4)죄, 나.의 각 죄, 다.의 각 죄에 대하여 징역 1년에, 판시 제7의 가. (5)죄에 대하여 벌금 3,000,000원에 각 처한다.

피고인 4가 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.

다만 피고인 2에 대하여는 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 2에게 보호관찰을 받을 것과 약물치료강의 40시간의 수강을 명한다.

압수된 필로폰 흰색 결정체가 가득 들어있는 1회용 주사기 19개(증 제1호), 필로폰을 은닉한 검정색 수납 주머니(증 제2호)를 피고인 2로부터 몰수한다.

피고인들로부터 각자 1,142,857원, 피고인 1, 2, 3으로부터 각자 1,168,570원, 피고인 1, 3으로부터 각자 5,584,287원, 피고인 2, 3, 4로부터 각자 4,157,143원, 피고인 1로부터 1,314,286원을 각 추징한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인

피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1 및 피고인 3과 공모하여, 중국으로부터 필로폰 70g을 밀수입한 사실이 없다.

(2) 양형부당

필로폰 밀수입 외 다른 공소사실에 대하여는 자백하면서 반성하는 점, 동종 전과가 없는 점, 부양하여야 할 가족이 있는 점 등 피고인 1에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 선고한 형(징역 2년 6월 및 추징 7,895,714원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2, 3, 4(양형부당)

피고인 2, 3, 4가 이 사건 범행에 이르게 된 경위, 피고인 3의 경우 별건으로 징역 2년 6월을 선고받은 점, 위 피고인들의 경제적 어려움, 가족 관계 등 위 피고인들에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형(피고인 2: 징역 8월, 집행유예 2년, 보호관찰, 수강명령 40시간, 몰수, 추징 6,468,570원, 피고인 3: 징역 1년 6월, 추징 7,895,714원, 피고인 4: 징역 1년 및 벌금 3,000,000원, 추징 5,300,000원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인 2는 특히 추징금이 많다고 주장한다).

다.

검사(양형부당)

피고인 1이 밀수입한 필로폰의 양이 적지 않고, 필로폰을 매도·투약까지 하여 사안이 매우 중한 점, 범행의 위험성이 큰 점, 누범기간 중 자숙하지 않고 범행을 저지른 점, 필로폰 밀수범행에 대하여 부인하고 있어 개전의 정도 없는 점 등을 종합할 때, 원심이 피고인 1에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

가. 추징에 관한 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 3 등이 밀수한 필로폰 70g 중 수사기관이 피고인 2로부터 압수한 필로폰 14.73g을 제외한 나머지 필로폰 55.27g의 추징과 관련하여 아래와 같이 판단하였다.

(가) 피고인 1, 3: 중국으로부터의 밀수입가(g당 142,857원, 원 미만 버림. 이하 같다)를 적용하여 추징액 산정

(나) 피고인 2, 4: 필로폰 실제 매매가(g당 662,500원)를 적용하여 추징액 산정(다만 피고인 2가 무상 교부 또는 투약한 필로폰에 대하여는 밀수입가를 적용)

(다) 피고인들별로 산정된 추징액(피고인 1, 3 : 각 7,895,714원, 피고인 2 : 6,468,570원, 피고인 4 : 5,300,000원) 중 서로 중첩되는 금액에 대하여는 각자 추징

(2) 이 법원의 판단

(가) 마약류를 타인에게 매도한 경우 매도의 대가로 받은 대금 등은 마약류관리에 관한 법률 제67조에 규정된 범죄행위로 인한 수익금으로서 필요적으로 몰수하여야 하고, 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

한편 마약류관리에 관한 법률 제67조에서는 "이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다.

다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

"고 규정하고 있다.

따라서 마약류를 취급한 피고인에게 범행으로 인한 수익금이 발생하였다면 그 수익금은 별도로 추징하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96도3397 판결 등에서는 '동일한 의약품을 취급한 피고인의 일련의 행위가 별죄를 구성하더라도 피고인을 기준으로 하여 그가 취급한 범위 내에서 의약품 가액 전액의 추징을 명하여야 하고, 그 행위마다 따로 그 가액을 추징하여야 하는 것은 아니다'는 취지로 판단하였다.

그러나 위와 같은 법리는 피고인이 자신이 취득한 마약류를 무상 교부·투약하는 등의 행위에 그쳐 몰수 또는 추징의 대상이 여전히 마약류 자체로 한정되는 경우에 적용되는 것이고, 범행으로 인한 수익금이 발생한 경우에 대해서 까지 그대로 적용될 수는 없다).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 1, 3이 공모하여, 중국에서 밀수입된 필로폰 70g 중 4.8g을 2,000,000원에 공소외 2에게 매도한 사실, ② 피고인 2, 3이 공모하여, 위 필로폰 70g 중 8g을 합계 5,300,000원에 피고인 4에게 매도한 사실, ③ 피고인 4가 피고인 2로부터 매수한 필로폰 8g 중 2.1g을 합계 2,300,000원에 공소외 3이나 공소외 4에게 각 매도한 사실 및 ④ 피고인 1, 3, 4가 위와 같은 거래를 통하여 아래 (다)항 기재와 같은 수익을 각 취득한 사실이 인정된다.

그렇다면 원심으로서도 피고인 1, 3, 4의 추징금을 산정하면서 필로폰 자체의 가액이나 범행자금과는 별도로 범행으로 인한 수익금을 산정하여 이 역시 추징의 대상에 포함시켰어야 한다.

이를 제외한 원심은 마약류관리에 관한 법률 제67조에서 규정하는 필요적 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(나) 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득하지 않았더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하고, 추징의 범위에 관하여는 죄를 범한 자가 여러 사람일 때에는 각자에 대하여 그가 취급한 범위 내에서 마약류 가액 전액의 추징을 명하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

그러나 위와 같은 법리는 추징 대상의 동일성이 인정되는 경우에 적용되는 것이므로, 마약류 관련 범행으로 인하여 별도의 수익금이 발생하여 마약류 자체와는 별도로 수익금이 추징의 대상이 된 경우, 그 수익금 발생 관련 범행에 전혀 관여하지 않은 피고인에 대해서까지 수익금 전액의 추징을 명하거나 중첩관계를 인정할 수는 없다[예를 들어 피고인 甲이 피고인 乙에게 필로폰 1g을 1,000,000원에 매도하였고, 피고인 乙이 피고인 丙에게 이를 2,000,000원에 매도하였다면, 피고인 甲으로부터는 피고인 乙, 丙과 각자 1,000,000원을 추징할 수 있을 뿐이고, 나머지 1,000,000원(피고인 乙, 丙 사이의 매매대금 2,000,000원 - 피고인 甲, 乙 사이의 매매대금 1,000,000원)은 피고인 乙, 丙으로부터 각자 추징하여야 한다].

그렇다면 원심이, 피고인 2, 3이 공모하여 피고인 4에게 필로폰 8g을 합계 5,300,000원에 매도한 범행과 관련하여 피고인 1을 포함하여 피고인들 전원으로부터 각자 5,300,000원을 추징한다고 명한 것은, 위 필로폰 매매와 무관한

피고인 1로 하여금 필로폰 8g의 가액(밀수입가)을 초과한 범죄수익금에 대해서까지 부진정연대의 책임을 부담하게 한 위법이 있다.

(다) 추정액

위와 같은 원심의 오류를 시정하여 피고인들의 추정액을 산정하면 아래와 같다.

1) 피고인 1 : 9,210,000원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 3과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)

② 필로폰 4.8g의 매도로 인한 순수익 : 1,314,286원[= 4.8g의 매도가 2,000,000원 - 685,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 4.8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] [피고인 1로부터 추정(피고인 3은 이 부분 범죄사실이 기소되지 않아 추정하지 않음)]

2) 피고인 2 : 6,468,570원(원심 인정액 : 6,468,570원)

① 피고인 4에게 매도한 필로폰 8g : 5,300,000원

○ 필로폰 8g의 가액 : 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3, 4와 각자 추정)

○ 나머지 4,157,143원(필로폰 가액 초과액) [피고인 3, 4와 각자 추정(피고인 1은 매매에 관여하지 않았으므로 추정하지 않음)]

② 무상 교부한 필로폰 8.13g의 가액 : 1,161,428원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8.13g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

③ 투약한 필로폰 0.05g의 가액 : 7,142원(= 밀수입가 10,000,000원 × 0.05g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

3) 피고인 3 : 12,052,857원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)

② 필로폰 8g의 매도로 인한 순수익 : 4,157,143원[= 8g의 매도가 5,300,000원 - 8g의 밀수입가 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] (피고인 2, 4와 각자 추정)

4) 피고인 4 : 6,208,750원(원심 인정액 : 5,300,000원)

① 필로폰 8g의 구입 자금 : 5,300,000원 (필로폰 8g의 가액 상당인 1,142,857원은 피고인 1, 2, 3과 각자 추정. 나머지 4,157,143원은 피고인 2, 3과 각자 추정)

② 필로폰 2.1g의 매도로 인한 순수익 : 908,750원[= 추정 대상 필로폰 8g 중 매도한 2.1g의 매도가 2,300,000원 - 2.1g의 매수가 1,391,250원(= 매매가 5,300,000원 × 2.1g ÷ 8g)] (피고인 4로부터 추정)

(라) 소결론

위에서 본 것처럼 원심판결에는 추정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결은 이를 더 이상 유지할 수 없다[다만 원심판결 중 피고인 4에 대한 부분은, 피고인 4만 항소하여 추정액을 원심보다 피고인 4에게 더 불리하게 변경할 수 없으므로 원심이 인정한 5,300,000원으로 유지한다.

한편 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 그 형의 경중을 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 26. 선고 97도1716 전원합의체 판결 등 참조). 피고인 3의 경우, 뒤에서 보는 것처럼 주형을 징역 1년 6월에서 10월로 감경하므로 추징액을 증가시키더라도 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또 피고인 2, 4의 경우, 원심이 인정한 추징액을 그대로 유지한 채 중첩관계에 관한 원심의 오류를 시정하는 것에 불과하므로 역시 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인 1의 사실오인 주장은 여전히 당원의 심판대상이 되므로, 이에 대하여는 제3항에서 판단한다.

나. 피고인 3의 형법 제37조 후단 경합범에 관한 판단

각 판결문 사본, 결정문 사본(인천지방법원 2010고합601호의 증거목록 순번 제39의 1 내지 3)의 각 기재에 의하면, 피고인 3은, ① 2009. 12. 15.과 2010. 1. 21. 필로폰 합계 120g을 밀수입하고, ② 2009. 10.경부터 2010. 2.경까지 5회에 걸쳐 필로폰을 매도하고, ③ 2010. 4.경 2회에 걸쳐 필로폰을 투약하였다는 범죄사실로 인천지방법원 2010고합 250호로 기소된 사실, 위 법원은 2010. 7. 15. 징역 2년 6월, 추징 15,800,000원을 선고하였고, 이에 대하여 피고인 3이 서울고등법원 2010노2154호로 항소하였으나 2010. 11. 26. 항소기각 판결이 선고된 사실 및 피고인 3은 이에 불복하여 대법원 2010도16826호로 상고하였으나 2011. 2. 15. 상고기각 결정이 내려진 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, 피고인 3에 대하여 이미 판결이 확정된 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄와 이 사건 각 범죄는 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하고 형의 감경 또는 면제까지 검토한 후에 형을 정하여야 한다.

이 점에서도 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 피고인 1의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결 등 참조), 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결 등 참조).

나. 원심은, ① 공범인 피고인 3의 수사기관 및 법정에서의 진술이 일관되고 구체적인 점, ② 원심공동피고인 1, 공소외 1의 수사기관에서의 각 일부 진술이 피고인 3의 진술에 상당 부분 부합하는 점, ③ 이 사건 필로폰 밀수입 범행을 모의할 당시 피고인 1이 피고인 3 등과 여러 차례 어울려 다닌 점, ④ 피고인 1은 수사기관에서 조사를 받으면서 공소외 2로부터 피고인 3의 입국과 관련하여 걱정 말라는 취지의 말을 듣고 이를 원심공동피고인 1에게 전달하였다고 진술한 점, ⑤ 피고인 1 스스로도 수사기관에서 피고인 3이 필로폰을 구해 오면 팔아줄 수 있다는 취지로 말한 적이 있다고 진술한 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 필로폰 밀수입 범행에 가담한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 피고인 1은 비록 필로폰 밀수자금을 조달하는 등 밀수입 행위 자체에 직접적인 역할을 담당하지는 않은 것으로 보이나, 원심이 적절하게 언급하고 있는 위와 같은 사정에다가, ① 피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1과 함께 피고인 3이 필로폰을 소지하고 중국에서 우리나라로 입국할 당시 인천국제공항에 마중을 나간 점, ② 피고인 1은 피고인 3이 입국한 당일 피고인 3과 함께 모텔로 이동한 후 밀수한 필로폰을 1회용 주사기에 나누어 담는 등 필로폰 유통을 위한 준비 작업을 하였고, 그 후 필로폰 매도 등 유통에 있어서 적극적인 역할을 담당한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1이 피고인 3 등과 공모하여 이 사건 필로폰 밀수 범행을 저지른 사실을 충분히 인정할 수 있다.

4. 결론

원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다(피고인 1의 사실오인 주장은 이유 없다). 피고인들의 각 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인

피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1 및 피고인 3과 공모하여, 중국으로부터 필로폰 70g을 밀수입한 사실이 없다.

(2) 양형부당

필로폰 밀수입 외 다른 공소사실에 대하여는 자백하면서 반성하는 점, 동종 전과가 없는 점, 부양하여야 할 가족이 있는 점 등 피고인 1에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 선고한 형(징역 2년 6월 및 추징 7,895,714원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2, 3, 4(양형부당)

피고인 2, 3, 4가 이 사건 범행에 이르게 된 경위, 피고인 3의 경우 별건으로 징역 2년 6월을 선고받은 점, 위 피고인들의 경제적 어려움, 가족 관계 등 위 피고인들에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형(피고인 2: 징역 8월, 집행유예 2년, 보호관찰, 수강명령 40시간, 몰수, 추징 6,468,570원, 피고인 3: 징역 1년 6월, 추징 7,895,714원, 피고인 4: 징역 1년 및 벌금 3,000,000원, 추징 5,300,000원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인 2는 특히 추징금이 많다고 주장한다).

다.

검사(양형부당)

피고인 1이 밀수입한 필로폰의 양이 적지 않고, 필로폰을 매도·투약까지 하여 사안이 매우 중한 점, 범행의 위험성이 큰 점, 누범기간 중 자숙하지 않고 범행을 저지른 점, 필로폰 밀수범행에 대하여 부인하고 있어 개전의 정도 없는 점 등

을 종합할 때, 원심이 피고인 1에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

가. 추징에 관한 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 3 등이 밀수한 필로폰 70g 중 수사기관이 피고인 2로부터 압수한 필로폰 14.73g을 제외한 나머지 필로폰 55.27g의 추징과 관련하여 아래와 같이 판단하였다.

(가) 피고인 1, 3: 중국으로부터의 밀수입가(g당 142,857원, 원 미만 버림. 이하 같다)를 적용하여 추징액 산정

(나) 피고인 2, 4: 필로폰 실제 매매가(g당 662,500원)를 적용하여 추징액 산정(다만 피고인 2가 무상 교부 또는 투약한 필로폰에 대하여는 밀수입가를 적용)

(다) 피고인들별로 산정된 추징액(피고인 1, 3 : 각 7,895,714원, 피고인 2 : 6,468,570원, 피고인 4 : 5,300,000원) 중 서로 중첩되는 금액에 대하여는 각자 추징

(2) 이 법원의 판단

(가) 마약류를 타인에게 매도한 경우 매도의 대가로 받은 대금 등은 마약류관리에 관한 법률 제67조에 규정된 범죄행위로 인한 수익금으로서 필요적으로 몰수하여야 하고, 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

한편 마약류관리에 관한 법률 제67조에서는 "이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다.

다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

"고 규정하고 있다.

따라서 마약류를 취급한 피고인에게 범행으로 인한 수익금이 발생하였다면 그 수익금은 별도로 추징하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96도3397 판결 등에서는 '동일한 의약품을 취급한 피고인의 일련의 행위가 범죄를 구성하더라도 피고인을 기준으로 하여 그가 취급한 범위 내에서 의약품 가액 전액의 추징을 명하여야 하고, 그 행위마다 따로 그 가액을 추징하여야 하는 것은 아니다'는 취지로 판단하였다.

그러나 위와 같은 법리는 피고인이 자신이 취득한 마약류를 무상 교부·투약하는 등의 행위에 그쳐 몰수 또는 추징의 대상이 여전히 마약류 자체로 한정되는 경우에 적용되는 것이고, 범행으로 인한 수익금이 발생한 경우에 대해서 까지 그대로 적용될 수는 없다).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 1, 3이 공모하여, 중국에서 밀수입된 필로폰 70g 중 4.8g을 2,000,000원에 공소외 2에게 매도한 사실, ② 피고인 2, 3이 공모하여, 위 필로폰 70g 중 8g을 합계 5,300,000원에 피고인 4에게 매도한 사실, ③ 피고인 4가 피고인 2로부터 매수한 필로폰 8g 중 2.1g을 합계 2,300,000원에 공소외 3이나 공소외 4에게 각 매도한 사실 및 ④ 피고인 1, 3, 4가 위와 같은 거래를 통하여 아래 (다)항 기재와 같은 수익을 각 취득한 사실이 인정된다.

그렇다면 원심으로서는 피고인 1, 3, 4의 추징금을 산정하면서 필로폰 자체의 가액이나 범행자금과는 별도로 범죄로 인한 수익금을 산정하여 이 역시 추징의 대상에 포함시켰어야 한다.

이를 제외한 원심은 마약류관리에 관한 법률 제67조에서 규정하는 필요적 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(나) 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득하지 않았더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하고, 추징의 범위에 관하여는 죄를 범한 자가 여러 사람일 때에는 각자에 대하여 그가 취급한 범위 내에서 마약류 가액 전액의 추징을 명하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

그러나 위와 같은 법리는 추징 대상의 동일성이 인정되는 경우에 적용되는 것이므로, 마약류 관련 범행으로 인하여 별도의 수익금이 발생하여 마약류 자체와는 별도로 수익금이 추징의 대상이 된 경우, 그 수익금 발생 관련 범행에 전혀 관여하지 않은 피고인에 대해서까지 수익금 전액의 추징을 명하거나 중첩관계를 인정할 수는 없다[예를 들어 피고인 甲이 피고인 乙에게 필로폰 1g을 1,000,000원에 매도하였고, 피고인 乙이 피고인 丙에게 이를 2,000,000원에 매도하였다면, 피고인 甲으로부터는 피고인 乙, 丙과 각자 1,000,000원을 추징할 수 있을 뿐이고, 나머지 1,000,000원(피고인 乙, 丙 사이의 매매대금 2,000,000원 - 피고인 甲, 乙 사이의 매매대금 1,000,000원)은 피고인 乙, 丙으로부터 각자 추징하여야 한다].

그렇다면 원심이, 피고인 2, 3이 공모하여 피고인 4에게 필로폰 8g을 합계 5,300,000원에 매도한 범행과 관련하여 피고인 1을 포함하여 피고인들 전원으로부터 각자 5,300,000원을 추징한다고 명한 것은, 위 필로폰 매매와 무관한 피고인 1로 하여금 필로폰 8g의 가액(밀수입가)을 초과한 범죄수익금에 대해서까지 부진정연대의 책임을 부담하게 한 위법이 있다.

(다) 추징액

위와 같은 원심의 오류를 시정하여 피고인들의 추징액을 산정하면 아래와 같다.

1) 피고인 1 : 9,210,000원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 3과 각자 추징. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추징)

② 필로폰 4.8g의 매도로 인한 순수익 : 1,314,286원[= 4.8g의 매도가 2,000,000원 - 685,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 4.8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] [피고인 1로부터 추징(피고인 3은 이 부분 범죄사실이 기소되지 않아 추징하지 않음)]

2) 피고인 2 : 6,468,570원(원심 인정액 : 6,468,570원)

① 피고인 4에게 매도한 필로폰 8g : 5,300,000원

○ 필로폰 8g의 가액 : 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3, 4와 각자 추징)

○ 나머지 4,157,143원(필로폰 가액 초과액) [피고인 3, 4와 각자 추징(피고인 1은 매매에 관여하지 않았으므로 추징하지 않음)]

② 무상 교부한 필로폰 8.13g의 가액 : 1,161,428원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8.13g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

③ 투약한 필로폰 0.05g의 가액 : 7,142원(= 밀수입가 10,000,000원 × 0.05g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

3) 피고인 3 : 12,052,857원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)

② 필로폰 8g의 매도로 인한 순수익 : 4,157,143원[= 8g의 매도가 5,300,000원 - 8g의 밀수입가 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] (피고인 2, 4와 각자 추정)

4) 피고인 4 : 6,208,750원(원심 인정액 : 5,300,000원)

① 필로폰 8g의 구입 자금 : 5,300,000원 (필로폰 8g의 가액 상당인 1,142,857원은 피고인 1, 2, 3과 각자 추정. 나머지 4,157,143원은 피고인 2, 3과 각자 추정)

② 필로폰 2.1g의 매도로 인한 순수익 : 908,750원[= 추정 대상 필로폰 8g 중 매도한 2.1g의 매도가 2,300,000원 - 2.1g의 매수가 1,391,250원(= 매매가 5,300,000원 × 2.1g ÷ 8g)] (피고인 4로부터 추정)

(라) 소결론

위에서 본 것처럼 원심판결에는 추정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결은 이를 더 이상 유지할 수 없다[다만 원심판결 중 피고인 4에 대한 부분은, 피고인 4만 항소하여 추정액을 원심보다 피고인 4에게 더 불리하게 변경할 수 없으므로 원심이 인정한 5,300,000원으로 유지한다.

한편 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 그 형의 경중을 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 26. 선고 97도1716 전원합의체 판결 등 참조). 피고인 3의 경우, 뒤에서 보는 것처럼 주형을 징역 1년 6월에서 10월로 감경하므로 추정액을 증가시키더라도 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또 피고인 2, 4의 경우, 원심이 인정한 추정액을 그대로 유지한 채 중첩관계에 관한 원심의 오류를 시정하는 것에 불과하므로 역시 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다].

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인 1의 사실오인 주장은 여전히 당원의 심판대상이 되므로, 이에 대하여는 제3항에서 판단한다.

나. 피고인 3의 형법 제37조 후단 경합범에 관한 판단

각 판결문 사본, 결정문 사본(인천지방법원 2010고합601호의 증거목록 순번 제39의 1 내지 3)의 각 기재에 의하면, 피고인 3은, ① 2009. 12. 15.과 2010. 1. 21. 필로폰 합계 120g을 밀수입하고, ② 2009. 10.경부터 2010. 2.경까지 5회에 걸쳐 필로폰을 매도하고, ③ 2010. 4.경 2회에 걸쳐 필로폰을 투약하였다는 범죄사실로 인천지방법원 2010고합250호로 기소된 사실, 위 법원은 2010. 7. 15. 징역 2년 6월, 추정 15,800,000원을 선고하였고, 이에 대하여 피고인 3이 서울고등법원 2010노2154호로 항소하였으나 2010. 11. 26. 항소기각 판결이 선고된 사실 및 피고인 3은 이에 불복하여 대법원 2010도16826호로 상고하였으나 2011. 2. 15. 상고기각 결정이 내려진 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, 피고인 3에 대하여 이미 판결이 확정된 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄와 이 사건 각 범죄는 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하고 형의 감경 또는 면제까지 검토한 후에 형을 정하여야 한다.

이 점에서도 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 피고인 1의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결 등 참조), 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결 등 참조).

나. 원심은, ① 공범인 피고인 3의 수사기관 및 법정에서의 진술이 일관되고 구체적인 점, ② 원심공동피고인 1, 공소외 1의 수사기관에서의 각 일부 진술이 피고인 3의 진술에 상당 부분 부합하는 점, ③ 이 사건 필로폰 밀수입 범행을 모의할 당시 피고인 1이 피고인 3 등과 여러 차례 어울려 다닌 점, ④ 피고인 1은 수사기관에서 조사를 받으면서 공소외 2로부터 피고인 3의 입국과 관련하여 걱정 말라는 취지의 말을 듣고 이를 원심공동피고인 1에게 전달하였다고 진술한 점, ⑤ 피고인 1 스스로도 수사기관에서 피고인 3이 필로폰을 구해 오면 팔아줄 수 있다는 취지로 말한 적이 있다고 진술한 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 필로폰 밀수입 범행에 가담한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 피고인 1은 비록 필로폰 밀수자금을 조달하는 등 밀수입 행위 자체에 직접적인 역할을 담당하지는 않은 것으로 보이나, 원심이 적절하게 언급하고 있는 위와 같은 사정에다가, ① 피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1과 함께 피고인 3이 필로폰을 소지하고 중국에서 우리나라로 입국할 당시 인천국제공항에 마중을 나간 점, ② 피고인 1은 피고인 3이 입국한 당일 피고인 3과 함께 모텔로 이동한 후 밀수한 필로폰을 1회용 주사기에 나누어 담는 등 필로폰 유통을 위한 준비 작업을 하였고, 그 후 필로폰 매도 등 유통에 있어서 적극적인 역할을 담당한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1이 피고인 3 등과 공모하여 이 사건 필로폰 밀수 범행을 저지른 사실을 충분히 인정할 수 있다.

4. 결론

원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다(피고인 1의 사실오인 주장은 이유 없다). 피고인들의 각 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인

피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1 및 피고인 3과 공모하여, 중국으로부터 필로폰 70g을 밀수입한 사실이 없다.

(2) 양형부당

필로폰 밀수입 외 다른 공소사실에 대하여는 자백하면서 반성하는 점, 동종 전과가 없는 점, 부양하여야 할 가족이 있는 점 등 피고인 1에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 선고한 형(징역 2년 6월 및 추징 7,895,714원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2, 3, 4(양형부당)

피고인 2, 3, 4가 이 사건 범행에 이르게 된 경위, 피고인 3의 경우 별건으로 징역 2년 6월을 선고받은 점, 위 피고인들의 경제적 어려움, 가족 관계 등 위 피고인들에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형(피고인 2: 징역 8월, 집행유예 2년, 보호관찰, 수강명령 40시간, 몰수, 추징 6,468,570원, 피고인 3: 징역 1년 6월, 추징 7,895,714원, 피고인 4: 징역 1년 및 벌금 3,000,000원, 추징 5,300,000원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인 2는 특히 추징금이 많다고 주장한다).

다.

검사(양형부당)

피고인 1이 밀수입한 필로폰의 양이 적지 않고, 필로폰을 매도·투약까지 하여 사안이 매우 중한 점, 범행의 위험성이 큰 점, 누범기간 중 자숙하지 않고 범행을 저지른 점, 필로폰 밀수범행에 대하여 부인하고 있어 개전의 정도 없는 점 등을 종합할 때, 원심이 피고인 1에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

가. 추징에 관한 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 3 등이 밀수한 필로폰 70g 중 수사기관이 피고인 2로부터 압수한 필로폰 14.73g을 제외한 나머지 필로폰 55.27g의 추징과 관련하여 아래와 같이 판단하였다.

(가) 피고인 1, 3: 중국으로부터의 밀수입가(g당 142,857원, 원 미만 버림. 이하 같다)를 적용하여 추징액 산정

(나) 피고인 2, 4: 필로폰 실제 매매가(g당 662,500원)를 적용하여 추징액 산정(다만 피고인 2가 무상 교부 또는 투약한 필로폰에 대하여는 밀수입가를 적용)

(다) 피고인들별로 산정된 추징액(피고인 1, 3 : 각 7,895,714원, 피고인 2 : 6,468,570원, 피고인 4 : 5,300,000원) 중 서로 중첩되는 금액에 대하여는 각자 추징

(2) 이 법원의 판단

(가) 마약류를 타인에게 매도한 경우 매도의 대가로 받은 대금 등은 마약류관리에 관한 법률 제67조에 규정된 범죄행위로 인한 수익금으로서 필요적으로 몰수하여야 하고, 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

한편 마약류관리에 관한 법률 제67조에서는 "이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다.

다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

"고 규정하고 있다.

따라서 마약류를 취급한 피고인에게 범행으로 인한 수익금이 발생하였다면 그 수익금은 별도로 추징하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96도3397 판결 등에서는 '동일한 의약품을 취급한 피고인의 일련의 행위가 별죄를 구성하더라도 피고인을 기준으로 하여 그가 취급한 범위 내에서 의약품 가액 전액의 추징을 명하여야 하고, 그 행위마다 따로 그 가액을 추징하여야 하는 것은 아니다'는 취지로 판단하였다.

그러나 위와 같은 법리는 피고인이 자신이 취득한 마약류를 무상 교부·투약하는 등의 행위에 그쳐 몰수 또는 추징의 대상이 여전히 마약류 자체로 한정되는 경우에 적용되는 것이고, 범행으로 인한 수익금이 발생한 경우에 대해서까지 그대로 적용될 수는 없다).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 1, 3이 공모하여, 중국에서 밀수입된 필로폰 70g 중 4.8g을 2,000,000원에 공소외 2에게 매도한 사실, ② 피고인 2, 3이 공모하여, 위 필로폰 70g 중 8g을 함께 5,300,000원에 피고인 4에게 매도한 사실, ③ 피고인 4가 피고인 2로부터 매수한 필로폰 8g 중 2.1g을 함께 2,300,000원에 공소외 3이나 공소외 4에게 각 매도한 사실 및 ④ 피고인 1, 3, 4가 위와 같은 거래를 통하여 아래 (다)항 기재와 같은 수익을 각 취득한 사실이 인정된다.

그렇다면 원심으로서도 피고인 1, 3, 4의 추징금을 산정하면서 필로폰 자체의 가액이나 범행자금과는 별도로 범죄로 인한 수익금을 산정하여 이 역시 추징의 대상에 포함시켰어야 한다.

이를 제외한 원심은 마약류관리에 관한 법률 제67조에서 규정하는 필요적 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(나) 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득하지 않았더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하고, 추징의 범위에 관하여는 죄를 범한 자가 여러 사람일 때에는 각자에 대하여 그가 취급한 범위 내에서 마약류 가액 전액의 추징을 명하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

그러나 위와 같은 법리는 추징 대상의 동일성이 인정되는 경우에 적용되는 것이므로, 마약류 관련 범행으로 인하여 별도의 수익금이 발생하여 마약류 자체와는 별도로 수익금이 추징의 대상이 된 경우, 그 수익금 발생 관련 범행에 전혀 관여하지 않은 피고인에 대해서까지 수익금 전액의 추징을 명하거나 중첩관계를 인정할 수는 없다[예를 들어 피고인 甲이 피고인 乙에게 필로폰 1g을 1,000,000원에 매도하였고, 피고인 乙이 피고인 丙에게 이를 2,000,000원에 매도하였다면, 피고인 甲으로부터는 피고인 乙, 丙과 각자 1,000,000원을 추징할 수 있을 뿐이고, 나머지 1,000,000원(피고인 乙, 丙 사이의 매매대금 2,000,000원 - 피고인 甲, 乙 사이의 매매대금 1,000,000원)은 피고인 乙,

丙으로부터 각자 추정하여야 한다].

그렇다면 원심이, 피고인 2, 3이 공모하여 피고인 4에게 필로폰 8g을 합계 5,300,000원에 매도한 범행과 관련하여 피고인 1을 포함하여 피고인들 전원으로부터 각자 5,300,000원을 추정한다고 명한 것은, 위 필로폰 매매와 무관한 피고인 1로 하여금 필로폰 8g의 가액(밀수입가)을 초과한 범죄수익금에 대해서까지 부진정연대의 책임을 부담하게 한 위법이 있다.

(다) 추정액

위와 같은 원심의 오류를 시정하여 피고인들의 추정액을 산정하면 아래와 같다.

1) 피고인 1 : 9,210,000원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 3과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)

② 필로폰 4.8g의 매도로 인한 순수익 : 1,314,286원[= 4.8g의 매도가 2,000,000원 - 685,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 4.8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] [피고인 1로부터 추정(피고인 3은 이 부분 범죄사실이 기소되지 않아 추정하지 않음)]

2) 피고인 2 : 6,468,570원(원심 인정액 : 6,468,570원)

① 피고인 4에게 매도한 필로폰 8g : 5,300,000원

○ 필로폰 8g의 가액 : 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3, 4와 각자 추정)

○ 나머지 4,157,143원(필로폰 가액 초과액) [피고인 3, 4와 각자 추정(피고인 1은 매매에 관여하지 않았으므로 추정하지 않음)]

② 무상 교부한 필로폰 8.13g의 가액 : 1,161,428원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8.13g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

③ 투약한 필로폰 0.05g의 가액 : 7,142원(= 밀수입가 10,000,000원 × 0.05g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

3) 피고인 3 : 12,052,857원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)

② 필로폰 8g의 매도로 인한 순수익 : 4,157,143원[= 8g의 매도가 5,300,000원 - 8g의 밀수입가 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] (피고인 2, 4와 각자 추정)

4) 피고인 4 : 6,208,750원(원심 인정액 : 5,300,000원)

① 필로폰 8g의 구입 자금 : 5,300,000원 (필로폰 8g의 가액 상당인 1,142,857원은 피고인 1, 2, 3과 각자 추정. 나머지 4,157,143원은 피고인 2, 3과 각자 추정)

② 필로폰 2.1g의 매도로 인한 순수익 : 908,750원[= 추정 대상 필로폰 8g 중 매도한 2.1g의 매도가 2,300,000원 - 2.1g의 매수가 1,391,250원(= 매매가 5,300,000원 × 2.1g ÷ 8g)] (피고인 4로부터 추정)

(라) 소결론

위에서 본 것처럼 원심판결에는 주장에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결은 이를 더 이상 유지할 수 없다[다만 원심판결 중 피고인 4에 대한 부분은, 피고인 4만 항소하여 추정액을 원심보다 피고인 4에게 더 불리하게 변경할 수 없으므로 원심이 인정한 5,300,000원으로 유지한다.

한편 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 그 형의 경중을 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 26. 선고 97도1716 전원합의체 판결 등 참조). 피고인 3의 경우, 뒤에서 보는 것처럼 주형을 징역 1년 6월에서 10월로 감경하므로 추정액을 증가시키더라도 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또 피고인 2, 4의 경우, 원심이 인정한 추정액을 그대로 유지한 채 중첩관계에 관한 원심의 오류를 시정하는 것에 불과하므로 역시 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다].

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인 1의 사실오인 주장은 여전히 당원의 심판대상이 되므로, 이에 대하여는 제3항에서 판단한다.

나. 피고인 3의 형법 제37조 후단 경합범에 관한 판단

각 판결문 사본, 결정문 사본(인천지방법원 2010고합601호의 증거목록 순번 제39의 1 내지 3)의 각 기재에 의하면, 피고인 3은, ① 2009. 12. 15.과 2010. 1. 21. 필로폰 합계 120g을 밀수입하고, ② 2009. 10.경부터 2010. 2.경까지 5회에 걸쳐 필로폰을 매도하고, ③ 2010. 4.경 2회에 걸쳐 필로폰을 투약하였다는 범죄사실로 인천지방법원 2010고합250호로 기소된 사실, 위 법원은 2010. 7. 15. 징역 2년 6월, 추정 15,800,000원을 선고하였고, 이에 대하여 피고인 3이 서울고등법원 2010노2154호로 항소하였으나 2010. 11. 26. 항소기각 판결이 선고된 사실 및 피고인 3은 이에 불복하여 대법원 2010도16826호로 상고하였으나 2011. 2. 15. 상고기각 결정이 내려진 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, 피고인 3에 대하여 이미 판결이 확정된 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄와 이 사건 각 범죄는 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하고 형의 감경 또는 면제까지 검토한 후에 형을 정하여야 한다.

이 점에서도 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 피고인 1의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결 등 참조), 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결 등 참조).

나. 원심은, ① 공범인 피고인 3의 수사기관 및 법정에서의 진술이 일관되고 구체적인 점, ② 원심공동피고인 1, 공소외 1의 수사기관에서의 각 일부 진술이 피고인 3의 진술에 상당 부분 부합하는 점, ③ 이 사건 필로폰 밀수입 범행을 모의할 당시 피고인 1이 피고인 3 등과 여러 차례 어울려 다닌 점, ④ 피고인 1은 수사기관에서 조사를 받으면

서 공소외 2로부터 피고인 3의 입국과 관련하여 걱정 말라는 취지의 말을 듣고 이를 원심공동피고인 1에게 전달하였다고 진술한 점, ⑤ 피고인 1 스스로도 수사기관에서 피고인 3이 필로폰을 구해 오면 팔아줄 수 있다는 취지로 말한 적이 있다고 진술한 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 필로폰 밀수입 범행에 가담한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 피고인 1은 비록 필로폰 밀수자금을 조달하는 등 밀수입 행위 자체에 직접적인 역할을 담당하지는 않은 것으로 보이나, 원심이 적절하게 언급하고 있는 위와 같은 사정에다가, ① 피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1과 함께 피고인 3이 필로폰을 소지하고 중국에서 우리나라로 입국할 당시 인천국제공항에 마중을 나간 점, ② 피고인 1은 피고인 3이 입국한 당일 피고인 3과 함께 모텔로 이동한 후 밀수한 필로폰을 1회용 주사기에 나누어 담는 등 필로폰 유통을 위한 준비 작업을 하였고, 그 후 필로폰 매도 등 유통에 있어서 적극적인 역할을 담당한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1이 피고인 3 등과 공모하여 이 사건 필로폰 밀수 범행을 저지른 사실을 충분히 인정할 수 있다.

4. 결론

원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다(피고인 1의 사실오인 주장은 이유 없다). 피고인들의 각 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인

피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1 및 피고인 3과 공모하여, 중국으로부터 필로폰 70g을 밀수입한 사실이 없다.

(2) 양형부당

필로폰 밀수입 외 다른 공소사실에 대하여는 자백하면서 반성하는 점, 동종 전과가 없는 점, 부양하여야 할 가족이 있는 점 등 피고인 1에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 선고한 형(징역 2년 6월 및 추징 7,895,714원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2, 3, 4(양형부당)

피고인 2, 3, 4가 이 사건 범행에 이르게 된 경위, 피고인 3의 경우 별건으로 징역 2년 6월을 선고받은 점, 위 피고인들의 경제적 어려움, 가족 관계 등 위 피고인들에게 유리한 여러 정상에 비추어 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형(피고인 2: 징역 8월, 집행유예 2년, 보호관찰, 수감명령 40시간, 몰수, 추징 6,468,570원, 피고인 3: 징역 1년 6월, 추징 7,895,714원, 피고인 4: 징역 1년 및 벌금 3,000,000원, 추징 5,300,000원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인 2는 특히 추징금이 많다고 주장한다).

다.

검사(양형부당)

피고인 1이 밀수입한 필로폰의 양이 적지 않고, 필로폰을 매도·투약까지 하여 사안이 매우 중한 점, 범행의 위험성이 큰 점, 누범기간 중 자숙하지 않고 범행을 저지른 점, 필로폰 밀수범행에 대하여 부인하고 있어 개전의 정도 없는 점 등을 종합할 때, 원심이 피고인 1에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

가. 추징에 관한 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 3 등이 밀수한 필로폰 70g 중 수사기관이 피고인 2로부터 압수한 필로폰 14.73g을 제외한 나머지 필로폰 55.27g의 추징과 관련하여 아래와 같이 판단하였다.

(가) 피고인 1, 3: 중국으로부터의 밀수입가(g당 142,857원, 원 미만 버림. 이하 같다)를 적용하여 추징액 산정

(나) 피고인 2, 4: 필로폰 실제 매매가(g당 662,500원)를 적용하여 추징액 산정(다만 피고인 2가 무상 교부 또는 투약한 필로폰에 대하여는 밀수입가를 적용)

(다) 피고인들별로 산정된 추징액(피고인 1, 3 : 각 7,895,714원, 피고인 2 : 6,468,570원, 피고인 4 : 5,300,000원) 중 서로 중첩되는 금액에 대하여는 각자 추징

(2) 이 법원의 판단

(가) 마약류를 타인에게 매도한 경우 매도의 대가로 받은 대금 등은 마약류관리에 관한 법률 제67조에 규정된 범죄행위로 인한 수익금으로서 필요적으로 몰수하여야 하고, 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

한편 마약류관리에 관한 법률 제67조에서는 "이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다.

다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

"고 규정하고 있다.

따라서 마약류를 취급한 피고인에게 범행으로 인한 수익금이 발생하였다면 그 수익금은 별도로 추징하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96도3397 판결 등에서는 '동일한 의약품을 취급한 피고인의 일련의 행위가 별죄를 구성하더라도 피고인을 기준으로 하여 그가 취급한 범위 내에서 의약품 가액 전액의 추징을 명하여야 하고, 그 행위마다 따로 그 가액을 추징하여야 하는 것은 아니다'는 취지로 판단하였다.

그러나 위와 같은 법리는 피고인이 자신이 취득한 마약류를 무상 교부·투약하는 등의 행위에 그쳐 몰수 또는 추징의 대상이 여전히 마약류 자체로 한정되는 경우에 적용되는 것이고, 범행으로 인한 수익금이 발생한 경우에 대해서 까지 그대로 적용될 수는 없다).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 1, 3이 공모하여, 중국에서 밀수입된 필로폰 70g 중 4.8g을 2,000,000원에 공소외 2에게 매도한 사실, ② 피고인 2, 3이 공모하여, 위 필로폰 70g 중 8g을 합계 5,300,000원에

피고인 4에게 매도한 사실, ③ 피고인 4가 피고인 2로부터 매수한 필로폰 8g 중 2.1g을 합계 2,300,000원에 공소 외 3이나 공소 외 4에게 각 매도한 사실 및 ④ 피고인 1, 3, 4가 위와 같은 거래를 통하여 아래 (다)항 기재와 같은 수익을 각 취득한 사실이 인정된다.

그렇다면 원심으로서 피고인 1, 3, 4의 추징금을 산정하면서 필로폰 자체의 가액이나 범행자금과는 별도로 범죄로 인한 수익금을 산정하여 이 역시 추징의 대상에 포함시켰어야 한다.

이를 제외한 원심은 마약류관리에 관한 법률 제67조에서 규정하는 필요적 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(나) 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득하지 않았더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하고, 추징의 범위에 관하여는 죄를 범한 자가 여러 사람일 때에는 각자에 대하여 그가 취급한 범위 내에서 마약류 가액 전액의 추징을 명하여야 한다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010도7251 판결 등 참조).

그러나 위와 같은 법리는 추징 대상의 동일성이 인정되는 경우에 적용되는 것이므로, 마약류 관련 범행으로 인하여 별도의 수익금이 발생하여 마약류 자체와는 별도로 수익금이 추징의 대상이 된 경우, 그 수익금 발생 관련 범행에 전혀 관여하지 않은 피고인에 대해서까지 수익금 전액의 추징을 명하거나 중첩관계를 인정할 수는 없다[예를 들어 피고인 甲이 피고인 乙에게 필로폰 1g을 1,000,000원에 매도하였고, 피고인 乙이 피고인 丙에게 이를 2,000,000원에 매도하였다면, 피고인 甲으로부터는 피고인 乙, 丙과 각자 1,000,000원을 추징할 수 있을 뿐이고, 나머지 1,000,000원(피고인 乙, 丙 사이의 매매대금 2,000,000원 - 피고인 甲, 乙 사이의 매매대금 1,000,000원)은 피고인 乙, 丙으로부터 각자 추징하여야 한다].

그렇다면 원심이, 피고인 2, 3이 공모하여 피고인 4에게 필로폰 8g을 합계 5,300,000원에 매도한 범행과 관련하여 피고인 1을 포함하여 피고인들 전원으로부터 각자 5,300,000원을 추징한다고 명한 것은, 위 필로폰 매매와 무관한 피고인 1로 하여금 필로폰 8g의 가액(밀수입가)을 초과한 범죄수익금에 대해서까지 부진정연대의 책임을 부담하게 한 위법이 있다.

(다) 추징액

위와 같은 원심의 오류를 시정하여 피고인들의 추징액을 산정하면 아래와 같다.

1) 피고인 1 : 9,210,000원(원심 인정액 : 7,895,714원)

① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 3과 각자 추징. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추징)

② 필로폰 4.8g의 매도로 인한 순수익 : 1,314,286원[= 4.8g의 매도가 2,000,000원 - 685,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 4.8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] [피고인 1로부터 추징(피고인 3은 이 부분 범죄사실이 기소되지 않아 추징하지 않음)]

2) 피고인 2 : 6,468,570원(원심 인정액 : 6,468,570원)

① 피고인 4에게 매도한 필로폰 8g : 5,300,000원

- 필로폰 8g의 가액 : 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3, 4와 각자 추정)
- 나머지 4,157,143원(필로폰 가액 초과액) [피고인 3, 4와 각자 추정(피고인 1은 매매에 관여하지 않았으므로 추정하지 않음)]

② 무상 교부한 필로폰 8.13g의 가액 : 1,161,428원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8.13g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

③ 투약한 필로폰 0.05g의 가액 : 7,142원(= 밀수입가 10,000,000원 × 0.05g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1, 3과 각자 추정)

3) 피고인 3 : 12,052,857원(원심 인정액 : 7,895,714원)

- ① 압수되지 않은 필로폰 55.27g의 가액 : 7,895,714원(= 밀수입가 10,000,000원 × 55.27g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g) (피고인 1과 각자 추정. 피고인 2, 4는 관여된 범위에서만 각자 추정)
- ② 필로폰 8g의 매도로 인한 순수익 : 4,157,143원[= 8g의 매도가 5,300,000원 - 8g의 밀수입가 1,142,857원(= 밀수입가 10,000,000원 × 8g ÷ 밀수한 필로폰 총 수량 70g)] (피고인 2, 4와 각자 추정)

4) 피고인 4 : 6,208,750원(원심 인정액 : 5,300,000원)

- ① 필로폰 8g의 구입 자금 : 5,300,000원 (필로폰 8g의 가액 상당인 1,142,857원은 피고인 1, 2, 3과 각자 추정. 나머지 4,157,143원은 피고인 2, 3과 각자 추정)
- ② 필로폰 2.1g의 매도로 인한 순수익 : 908,750원[= 추정 대상 필로폰 8g 중 매도한 2.1g의 매도가 2,300,000원 - 2.1g의 매수가 1,391,250원(= 매매가 5,300,000원 × 2.1g ÷ 8g)] (피고인 4로부터 추정)

(라) 소결론

위에서 본 것처럼 원심판결에는 추정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결은 이를 더 이상 유지할 수 없다[다만 원심판결 중 피고인 4에 대한 부분은, 피고인 4만 항소하여 추정액을 원심보다 피고인 4에게 더 불리하게 변경할 수 없으므로 원심이 인정한 5,300,000원으로 유지한다.

한편 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 그 형의 경중을 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 26. 선고 97도1716 전원합의체 판결 등 참조). 피고인 3의 경우, 뒤에서 보는 것처럼 주형을 징역 1년 6월에서 10월로 감경하므로 추정액을 증가시키더라도 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또 피고인 2, 4의 경우, 원심이 인정한 추정액을 그대로 유지한 채 중첩관계에 관한 원심의 오류를 시정하는 것에 불과하므로 역시 불이익변경금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다].

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고 피고인 1의 사실오인 주장은 여전히 당원의 심판대상이 되므로, 이에 대하여는 제3항에서 판단한다.

나. 피고인 3의 형법 제37조 후단 경합범에 관한 판단

각 판결문 사본, 결정문 사본(인천지방법원 2010고합601호의 증거목록 순번 제39의 1 내지 3)의 각 기재에 의하면, 피고인 3은, ① 2009. 12. 15.과 2010. 1. 21. 필로폰 합계 120g을 밀수입하고, ② 2009. 10.경부터 2010. 2.경까지 5회에 걸쳐 필로폰을 매도하고, ③ 2010. 4.경 2회에 걸쳐 필로폰을 투약하였다는 범죄사실로 인천지방법원 2010고합

250호로 기소된 사실, 위 법원은 2010. 7. 15. 징역 2년 6월, 추징 15,800,000원을 선고하였고, 이에 대하여 피고인 3이 서울고등법원 2010노2154호로 항소하였으나 2010. 11. 26. 항소기각 판결이 선고된 사실 및 피고인 3은 이에 불복하여 대법원 2010도16826호로 상고하였으나 2011. 2. 15. 상고기각 결정이 내려진 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, 피고인 3에 대하여 이미 판결이 확정된 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄와 이 사건 각 범 죄는 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려 하고 형의 감경 또는 면제까지 검토한 후에 형을 정하여야 한다.

이 점에서도 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 피고인 1의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공 범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결 등 참조), 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공 모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결 등 참조).

나. 원심은, ① 공범인 피고인 3의 수사기관 및 법정에서의 진술이 일관되고 구체적인 점, ② 원심공동피고인 1, 공소 외 1의 수사기관에서의 각 일부 진술이 피고인 3의 진술에 상당 부분 부합하는 점, ③ 이 사건 필로폰 밀수입 범행 을 모의할 당시 피고인 1이 피고인 3 등과 여러 차례 어울려 다닌 점, ④ 피고인 1은 수사기관에서 조사를 받으면 서 공소외 2로부터 피고인 3의 입국과 관련하여 걱정 말라는 취지의 말을 듣고 이를 원심공동피고인 1에게 전달 하였다고 진술한 점, ⑤ 피고인 1 스스로도 수사기관에서 피고인 3이 필로폰을 구해 오면 팔아줄 수 있다는 취지 로 말한 적이 있다고 진술한 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 필로폰 밀수입 범행에 가담한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 피고인 1은 비록 필로폰 밀수자금을 조달하는 등 밀수입 행위 자체에 직 접적인 역할을 담당하지는 않은 것으로 보이나, 원심이 적절하게 언급하고 있는 위와 같은 사정에다가, ① 피고인 1은 원심공동피고인 1, 공소외 1과 함께 피고인 3이 필로폰을 소지하고 중국에서 우리나라로 입국할 당시 인천국 제공항에 마중을 나간 점, ② 피고인 1은 피고인 3이 입국한 당일 피고인 3과 함께 모텔로 이동한 후 밀수한 필로 폰을 1회용 주사기에 나누어 담는 등 필로폰 유통을 위한 준비 작업을 하였고, 그 후 필로폰 매도 등 유통에 있어서 적극적인 역할을 담당한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1이 피고인 3 등과 공모하여 이 사건 필로폰 밀수 범행을 저 지른 사실을 충분히 인정할 수 있다.

4. 결론

원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다(피고인 1의 사실오인 주장은 이유 없다). 피고인들의 각 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

