

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020도7866 마약류불법거래방지에관한특례법위반방조
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 6. 5. 선고 2019노2690 판결
판 결 선 고 2022. 6. 30.

주 문

원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」(이하 '마약거래방지법'이라 한다) 위반 방조 부분의 요지

피고인은 공소외인이 수사기관의 추적을 피하기 위하여 속칭 '대포통장'을 이용한다는 사정을 알면서도, 공소외인의 요청에 따라 차명계좌에 제3자 명의로 대마 매매대금을 무통장입금하는 방법으로 4회에 걸쳐 대마를 매수하면서, 공소외인이 마약류범죄의

발견에 관한 수사를 방해할 목적으로 불법수익 등의 출처와 귀속 관계를 숨기는 행위를 방조하였다.

2. 원심판단

원심은 다음과 같은 이유로 위 공소사실을 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 '불법수익 등의 은닉 및 가장' 범행의 유형에서 범행이 실행되기 위해서는 다른 사람의 대향적 행위가 반드시 필요한 경우 대향적 관계에 있는 사람이 '불법수익 등의 은닉 및 가장' 범행의 전 과정에 관여하는 등으로 정범의 범행에 적극 가담하거나 범행을 교사하는 경우에 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고, 단순히 위 범행의 범인(정범)의 요구 등에 따라 대향적 행위를 한 경우에 그친 경우에는 형법 총칙의 공범 규정을 적용하여 '불법수익 등의 은닉 및 가장' 행위를 실행한 범인(정범)과 공범으로 처벌할 수 없다.

마약 매수인인 피고인의 대향적 행위(대마를 매수하면서 매매대금을 대포통장에 입금)는 공소외인의 '불법수익 등의 은닉 및 가장' 범행에 필수불가결한 요소이므로 피고인의 행위에 대하여 형법 총칙의 공범 규정을 적용하여 정범이자 마약 매도인인 공소외인과 같이 처벌하는 것은 타당하지 않고, 피고인이 공소외인의 마약거래방지법 위반 범행에 적극 가담하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다.

3. 대법원 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 받아들일 수 없다.

가. 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3994 판결 등

참조). 이러한 법리는 해당 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 필요적 공범인 대항범을 전제로 한다. 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우에도 대항범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다.

나. 마약거래방지법 제7조 제1항은 '마약류범죄의 발견 또는 불법수익 등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익 등의 몰수를 회피할 목적으로 불법수익 등의 성질, 소재, 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장한 자'를 불법수익 등의 은닉 및 가장죄로 형사처벌하고 있다. 그중 '불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장'하는 행위는 불법수익 등을 정당하게 취득한 것처럼 취득 원인에 관한 사실을 숨기거나 가장하는 행위 또는 불법수익 등이 귀속되지 않은 것처럼 귀속에 관한 사실을 숨기거나 가장하는 행위를 뜻한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014도4408 판결 참조).

따라서 마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 '불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장하는 행위'는 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하지 않으므로 정범의 이러한 행위에 가담하는 행위에는 형법 총칙의 공범 규정이 적용된다.

다. 형법 제32조 제1항은 "타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다."라고 정하고 있다. 방조란 정범의 구체적인 범행준비나 범행사실을 알고 그 실행행위를 가능·촉진·용이하게 하는 지원행위 또는 정범의 범죄행위가 종료하기 전에 정범에 의한 법익 침해를 강화·증대시키는 행위로서, 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위를 말한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결 등 참조).

또한 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 '방조의 고의'와 정범의 행위가 구

성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 '정범의 고의'가 있어야 한다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결 등 참조). 정범의 마약거래방지법상 '불법수익 등의 은닉 및 가장' 범행의 방조범 성립에 요구되는 방조의 고의와 정범의 고의에 관하여 보면, 예컨대 마약매수인이 정범인 마약매도인으로부터 마약을 매수하면서 마약매도인의 요구로 차명계좌에 제3자 명의로 마약 매매대금을 입금하면서 그 행위가 정범의 범행 실행을 방조하는 것으로 불법성이 있다는 것을 인식해야 한다는 것을 뜻한다. 물론 방조범에서 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식해야 하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조), 이는 정범의 범행 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결 등 참조).

라. 원심은 피고인의 행위가 정범인 공소외인의 마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 '불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장'하는 행위로 인한 마약거래방지법 위반 범행을 방조하는 행위에 해당하는지, 피고인에게 방조의 고의가 인정되는지에 관하여 심리했어야 한다.

그런데도 원심은 대마를 매수하면서 매매대금을 대포통장으로 무통장 입금을 한 피고인에게 형법 총칙의 공범 규정이 적용되지 않는다고 보아 무죄로 판단하였다. 원심 판결에는 불법수익 등의 은닉 및 가장행위로 인한 마약거래방지법 위반죄 방조범의 성립 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

4. 파기 범위

위에서 본 이유로 원심판결 중 무죄 부분은 파기되어야 한다. 원심이 경합범으로 공소제기된 수개의 범죄사실 중 그 일부에 대하여 유죄, 일부에 대하여 무죄를 각 선고하고 무죄 부분에 대해서는 검사가 상고하였으나 유죄 부분에 대해서는 피고인과 검사 모두 상고하지 않은 경우, 유죄 부분은 상소기간의 도과로 확정되는 것이므로 무죄 부분의 상고가 이유 있는 경우에도 무죄 부분만이 파기되어야 한다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도7473 판결 등 참조). 원심판결 중 무죄 부분과 경합범 관계에 있는 대마매매, 대마 흡연, 대마 매매 미수로 인한 각 「마약류관리에 관한 법률」 위반(대마)죄 부분은 원심에서 유죄로 인정되었고 그에 대해서는 피고인과 검사가 상고하지 않아 확정되었으므로, 원심판결의 파기 범위는 무죄 부분에 한정된다.

5. 결론

원심판결 중 무죄 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희 _____

주 심 대법관 김재형 _____

 대법관 안철상 _____

 대법관 이흥구 _____