

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도8592 도박공간개설
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 의정부지방법원 2022. 6. 21. 선고 2021노2325 판결
판 결 선 고 2022. 12. 29.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

형법 제49조 단서는 '행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.'고 규정하고 있으므로, 몰수는 물론 이에 갈음하는 추정도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있으나, 우리 법제상 공소제기 없이 별도로 몰수·추정만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로, 위 규정에 근거하여 몰수·추정을 선고하려면 몰수·추정의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되

어 있어야 하고, 공소가 제기되지 아니한 별개의 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수·추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위배되어 허용되지 않는다. 이러한 법리는 형법 제48조의 몰수·추징 규정에 대한 특별규정인 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제8조 내지 제10조의 규정에 따른 몰수·추징의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2022. 11. 17. 선고 2022도8662 판결 등 참조).

원심은 위 법리를 근거로, 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배 아래 도박장소를 개설함으로써 성립하는 범죄로서 도박죄와 별개의 독립된 범죄이고(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도14725 판결 참조), 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설을 통하여 간접적으로 얻은 이익에 당연히 포함된다고 보기도 어려우므로, 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설로 얻은 범죄수익으로 몰수하거나 추징할 수는 없다는 이유로, 이 사건 도박 사이트에 제공된 ○○○○○○ 계좌에서 피고인 명의 계좌 및 피고인이 사용하던 계좌로 송금된 271,860,962원 중 피고인이 ○○○○○○ 사이트에서 직접 도박에 참가하기 위하여 송금하였거나 직접 도박에 참가하여 얻은 수익에 해당하는 22,800,000원은 도박공간개설로 얻은 범죄수익이 아니어서 이 사건 도박공간개설의 범죄로 인한 추징 대상에서 제외되어야 한다고 보아, 피고인으로부터 그 차액인 249,060,962원만을 추징하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 추징에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

한편 검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 나머지 부분에 관하여는 상고장

이나 상고이유서에 구체적인 불복이유의 기재가 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙 _____

 대법관 조재연 _____

 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 천대엽 _____