# 마약류관리에관한법률위반(향정)

[대법원 2005. 10. 28. 2005도1247]



#### 【판시사항】

- [1] 위법한 함정수사에 기한 공소제기의 효력(=무효)
- [2] 종전 상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 배척되었으나 경합범 관계에 있는 다른 범죄부분으로 인하여 유죄부분 전부가 파기되어 환송받은 법원에서 다시 경합범으로 형을 정한 경우, 피고인이 종전 상고심에서 배척된부분에 대한 주장을 다시 상고이유로 삼을 수 있는지 여부(소극)

### 【판결요지】

- [1] 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제 기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- [2] 상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다툴 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다고 할 것이므로, 피고인으로서는 더 이상 이 부분에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없다.

#### 【참조조문】

- [1] 형법 제13조 , 형사소송법 제327조 제2호
- [2] 형사소송법 제397조

### 【참조판례】

[2] 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도8651 판결(공2005상, 693)

## 【전문】

【피고인】

【상고인】 피고인 1 및 검사 (피고인들에 대하여)

【변호인】변호사 이충우

【환송판결】대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다.

[이유]

상고이유를 본다.

1. 검사의 상고이유에 대한 판단

범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인 2의 메스암페타민 매수, 교부 공소사실 및 피고인 1의 메스암페타민 수수, 수입 공소사실과 관련하여 그 채용 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이에 의하면 이미 범의를 가지고 있던 피고인들의 범행에 관한 정보를 알아내어 검거하였을 뿐이라는 취지의 검찰 마약수사주사 공소외 1과 제보자 공소외 2의 각 진술은 믿기 어렵고, 오히려 원래 중국까지 가서 메스암페타민을 구해 올 생각이 없었는데 공소외 1과 공소외 2의 함정수사를 위한 이른바 '작업'에 의하여 비로소 이 사건 범행에 대한 범의를 일으켰다고 하는 피고인들의 진술이 더 신빙성이 있을 뿐 아니라, 공소외 2의 유발행위 이전부터 피고인들에게 메스암페타민을 중국으로부터 수입하려는 구체적인 범의가 있었다거나 피고인 1이 예정했던 것보다 하루 일찍 인천공항을 통해 귀국한 것만으로 공소외 1, 공소외 2와 같이 계획했던 것과는 별개의 범의를 일으켜 메스암페타민 수입 범행을 감행하였다고 볼 수 없다고 판단하여, 결국 이 부분 공소는 범의를 가지지 아니한 사람에 대하여 수사기관이 범행을 적극 권유하여 범의를 유발케 하고 범죄를 행하도록 한 뒤 범행을 저지른 사람에 대하여 바로 그 범죄행위를 문제 삼아 공소를 제기하는 것으로서 적법한 소추권의 행사로 볼 수 없으므로, 형사소송법 제327조 제2호에 규정된 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 공소기각 판결을 선고하였다.

위에서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당하여 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 함정수사에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

- 2. 피고인 1의 상고이유에 대한 판단
- 상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이 부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다툴 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다고 할 것이므로, 피고인으로서는 더 이상 이 부분에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없는 것이다( 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도8651 판결 참조).
- 기록에 의하면, 피고인 1은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 환송전 원심판결 전부에 대하여 상고를 하였는데, 환송판결은 메스암페타민 투약 공소사실에 관한 법리오해 등의 상고이유는 배척하고, 다만 메스암페타민 수수, 수입 공소사실에 관한 심리미진의 위법이 있다는 이유로 그 부분 상고이유를 받아들이되, 위 각 공소사실은 모두 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 원심판결 전부를 파기하여 원심법원에 환송한 사실, 이에 환송후 원심은 환송 판결의 취지에 따라 메스암페타민 수수, 수입 공소사실에 대하여는 심리를 거쳐 공소기각판결을 선고하는 한편, 메스암페타민 투약 공소사실은 유죄로 인정하여 그 부분에 관하여 형을 새로이 정한 사실이 명백하므로, 피고인 1은더 이상 메스암페타민 투약 공소사실에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없는 것이어서, 결국 피고인 1의 상고이유의 주장은 모두 적법한 상고이유라고 할 수 없으니 이를 받아들일 수 없다.

법제처 2 국가법령정보센터

나아가, 직권으로 살펴보더라도 피고인 1의 메스암페타민 투약 행위가 위법한 함정수사에 기인한 것이라고 보이지는 않으므로, 이 부분 원심판결은 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 법리오해, 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다. 대법관 박재윤(재판장) 이규홍(주심) 양승태

법제처 3 국가법령정보센터