

마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)·
정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)

[수원지방법원 2008. 11. 4. 2008노2766]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 박천혁

【변 호 인】 법무법인 서울제일 담당변호사 송재양

【원심판결】 수원지방법원 안산지원 2008. 6. 13. 선고 2008고단905 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 8월에 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 3일을 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

압수된 증 제2 내지 4호를 몰수한다.

이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변소하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변소는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

(라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변호하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변호는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과

관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

(라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없

다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변호하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변호는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과

관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

(라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없

다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변호하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변호는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과

관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

- 3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

- (라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없

다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변호하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변호는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과

관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

(라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 음란물 유포의 점

피고인이 운영한 인터넷 카페의 회원수가 226명에 불과하고 그 중에서도 특별회원은 100명으로 전화통화 등으로 승인을 받아야 회원으로 가입할 수 있는 등으로 제한적일 뿐만 아니라 회원 누구라도 글과 사진을 게시할 수 있는 바, 이러한 폐쇄적인 인터넷 공간에서 회원들 상호간에 쌍방적 내지 다방적으로 음란물을 게시, 공유한 것은 정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시한 경우에 해당하지 아니한다.

(2) 엑스터시 투약의 점

피고인이 엑스터시라는 것을 알고 투약하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

(3) 대마 소지의 점

피고인은 대마를 받아 자신의 주거지에 두었다가 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였으므로 이 부분 공소사실의 공소시효(5년)가 완성되었다고 볼 소지가 있을 뿐만 아니라 검사가 제출한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없

다.

나. 양형부당 주장

피고인에 대한 제반 양형조건들에 비추어 보면 원심이 선고한 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 음란물 유포의 점

정보통신망을 이용하여 음란물을 공연히 전시하면 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 해당하고, 여기서 '공연히'라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 피고인의 주장에 의하더라도 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 엑스터시 투약의 점

(가) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 피고인의 주거지 등에 대한 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 하드디스크(증 제2 내지 4호)와 더불어 대마(증 제1호)를 발견하고 피고인을 현행범으로 체포한 상태에서 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)를 받은 사실이 인정되나, 다른 한편 위와 같이 피고인의 모발을 채취할 당시 피고인의 동의하에 피고인의 모발을 채취한 사실, 피고인이 다음날인 2007. 10. 24. 석방된 후 2007. 11. 5. '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 감정의뢰회보(수사기록 386쪽)가 오자 2007. 11. 27. 및 2008. 1. 18. 수사기관에 자진 출석한 피고인의 동의하에 다시 피고인의 모발을 채취하여 감정을 의뢰하여 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되었다'는 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보(수사기록 421쪽)와 '피고인의 모발에서 엠디엠에이가 검출되지 않았다'는 대검찰청 과학수사담당관의 감정의뢰회보(수사기록 545쪽)를 받은 사실이 인정되는바, 위와 같은 증거수집절차의 경과에 비추어 볼 때 위 각 감정의뢰회보(수사기록 386, 421, 545쪽)는 적법하게 수집된 증거라 할 것이고, 위 증거들에 의하면 피고인이 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 엑스터시를 투약한 사실이 인정된다.

(나) 한편 피고인은 자신이 2007. 9. 25.부터 2007. 10. 2.까지 및 2007. 11. 8.에서 2007. 11. 24.까지 중국에 있는 동안 술집에서 웨이터가 정력제라고 주는 것을 마신 사실이 있을 뿐 엑스터시라는 것을 알고 투약한 사실은 없다고 변호하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 성인의 모발 성장률은 0.8~1.3cm/월인 사실, 2007. 10. 23. 채취한 피고인의 모발 3-5cm와 2007. 11. 27. 채취한 피고인의 모발 4-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되었으나 2008. 1. 18. 채취한 피고인의 모발 4.5-6cm에서는 엠디엠에이가 검출되지 아니한 사실, 엑스터시는 주로 밀제조된 정제나 캡슐 형태로 유통되는 사실 등에 비추어 볼 때 피고인의 위 변호는 그대로 믿기 어렵다.

(3) 대마 소지의 점

(가) 이 사건 공소사실 중 대마 소지의 점의 요지

피고인이 마약류취급자가 아님에도 불구하고, 2001년 초경부터 2007. 10. 23. 15:20경까지 (주거지 주소 생략)에 있는 피고인의 주거지에서, 대전톨게이트 부근에서 신원을 알 수 없는 포크레인 기사로부터 교부받은 대마 15.904g을 소지하였다.

(나) 피고인이 대마를 건네받아 자신의 주거지에 두고 있었던 점은 인정하고 있다(다만 피고인은 2002-2003년에는 소지의 범의를 상실하였다고 변소한다).

(다) 나아가 대마(증 제1호)와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)를 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 본다.

1) 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수, 수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수수색영장을 받아야 하며, 형사소송법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있으나, 사후에 영장을 받아야 한다.

2) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과

관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

- 3) 기록에 의하면 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포) 혐의에 관해 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 의하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견한 사실, 이에 피고인을 마약류관리에관한법률위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수한 사실이 인정되나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후에 압수수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 대마와 압수조서(수사기록 227쪽) 중 '증 제1호를 피고인으로부터 압수하였다'는 취지의 기재, 감정의뢰회보(수사기록 369쪽)는 앞서 본 형사소송법상의 영장주의를 위반하여 수집한 위법수집증거이고, 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여, 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의실현의 취지에 합치된다고 할 것이므로 증거능력이 없어 대마소지에 관한 공소사실을 인정할 증거로 사용할 수 없고, 피고인의 위 진술을 보강할 증거로도 사용할 수 없다.

- (라) 따라서 대마소지의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 다른 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.