

## 마약류관리에관한법률위반(향정)

[대법원 2008. 2. 14. 2007도10937]



### 【판시사항】

- [1] 피고인의 자백을 내용으로 하는, 피고인 아닌 자의 진술이 보강증거가 될 수 있는지 여부(소극)
- [2] 실체적 경합범과 자백의 보강증거
- [3] 필로폰 매수 대금을 송금한 사실에 대한 증거가 필로폰 매수죄와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거가 될 수 없다고 한 사례
- [4] 피고인의 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었는지 여부에 관한 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보의 증명력

### 【판결요지】

- [1] 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없다.
- [2] 실체적 경합범은 실질적으로 수죄이므로 각 범죄사실에 관하여 자백에 대한 보강증거가 있어야 한다.
- [3] 필로폰 매수 대금을 송금한 사실에 대한 증거가 필로폰 매수죄와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거가 될 수 없다고 한 사례.
- [4] 마약류관리에 관한 법률 위반사건의 피고인 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다는 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보가 있는 경우, 그 회보의 기초가 된 감정에 있어서 실험물인 모발이 바뀌었다거나 착오나 오류가 있었다는 등의 구체적인 사정이 없는 한 피고인으로부터 채취한 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다고 인정하여야 하고, 따라서 논리와 경험의 법칙상 피고인은 감정의 대상이 된 모발을 채취하기 이전 언젠가에 메스암페타민을 투약한 사실이 있다고 인정하여야 한다. 그러나 피고인 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되지 않았다는 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보가 있는 경우, 개인의 연령, 성별, 인종, 영양상태, 개체차 등에 따라 차이가 있으나 모발이 평균적으로 한 달에 1cm 정도 자란다고 볼 때 감정의뢰된 모발의 길이에 따라 필로폰 투약시기를 대략적으로 추정할 수 있으므로, 위 감정의뢰회보는 적어도 피고인은 모발채취일로부터 위 모발이 자라는 통상적 기간 내에는 필로폰을 투약하지 않았다는 유력한 증거에 해당한다. 따라서 법원은 위 검사를 시행함에 있어 감정인이 충분한 자격을 갖추지 못하였다거나, 감정자료의 관리·보존상태 또는 검사방법이 적절하지 못하다거나, 그 결론 도출과정이 합리적이지 못하다거나 혹은 감정 결과 자체에 모순점이 있다는 등으로 그 감정 결과의 신뢰성을 의심할 만한 다른 사정이 있는지에 관하여 심리하여 본 다음 피고인의 범행 여부를 판단하여야 한다.

### 【참조조문】

- [1] 형사소송법 제310조
- [2] 형사소송법 제310조
- [3] 형법 제37조, 형사소송법 제310조

[4] 형사소송법 제199조, 제308조, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목, 제60조 제1항 제3호, 마약류관리에 관한 법률 시행령 제2조 제3항

**【참조판례】**

- [1] 대법원 1981. 7. 7. 선고 81도1314 판결(공1981, 14181) /
- [2] 대법원 1959. 6. 30. 선고 4292형상122 판결 /
- [4] 대법원 1994. 12. 9. 선고 94도1680 판결(공1995상, 531)

**【전문】**

**【피 고 인】**

**【상 고 인】** 피고인

**【변 호 인】** 변호사 이우윤

**【원심판결】** 인천지법 2007. 12. 6. 선고 2007노1997 판결

**【주문】**

】

원심판결을 파기하고, 사건을 인천지방법원 본원 합의부에 환송한다.

**【이유】**

】상고이유를 판단한다.

1. 국선변호인의 상고이유에 대하여

형사소송법 제383조 제4호의 규정에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되는 것이므로, 피고인에게 그 보다 가벼운 징역 10월이 선고된 이 사건에 있어서는 형의 양정이 부당하다는 사유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 자백에 대한 보강증거에 관하여

원심이 유지한 제1심판결 이유에 의하면, "피고인이 2007. 6. 중순 일자불상 22:00경 대구 신천 4동 소재 동대구 고속버스터미널 부근 상호불상 모텔 5층 방실에서 1회용 주사기에 담긴 필로폰 약 0.03그램을 생수로 희석하여 자신의 팔에 주사하는 방법으로 필로폰을 투약하였다.

"는 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 증거로서 ① 피고인의 제1심법정에서의 진술 및 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서의 진술기재와 ② 공소외 1에 대한 검찰 진술조서의 진술기재, ③ 필로폰 시가보고를 들고 있다.

기록에 비추어 살펴 보면, ① 피고인의 법정에서의 진술과 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서의 진술기재들은 피고인의 법정 및 검찰에서의 자백으로서 형사소송법 제310조에서 규정하는 자백의 개념에 포함되어 그 자백만으로는 유죄의 증거로 삼을 수 없고, ② 권상근에 대한 검찰 진술조서의 진술기재는 피고인이 이 사건 범행을 자인하는 것

을 들었다는 진술로서 전문증거이기는 하나 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정한 이 사건에 있어서는 같은 법 제318조의3의 규정에 의하여 피고인의 동의가 있는 것으로 간주되어 증거능력이 인정되고, 또한 이러한 진술조서는 자백자 본인의 진술 자체를 기재한 것은 아니므로 같은 법 제310조의 자백에는 포함되지 않는다 할 것이지만, 피고인의 자백을 내용으로 하고 있는 이와 같은 진술기재 내용을 피고인의 자백의 보강증거로 삼는다면 결국 피고인의 자백을 피고인의 자백으로서 보강하는 결과가 되어 아무런 보강도 하는 바 없는 것이니 보강증거가 되지 못하고, 오히려 보강증거를 필요로 하는 피고인의 자백과 동일하게 보아야 할 성질의 것이라고 할 것이므로 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없으며 (대법원 1981. 7. 7. 선고 81도1314 판결 참조), ③ 필로폰 시가보고는 몰수 및 추정 구형시 참고자료로 삼기 위해 필로폰의 도·소매가격을 파악한 것에 불과하여 피고인의 자백에 대한 보강증거로 삼을 수 없다.

한편, 실체적 경합범은 실질적으로 수죄이므로 각 범죄사실에 관하여 자백에 대한 보강증거가 있어야 하는바(대법원 1959. 6. 30. 선고 4292형상122 판결 참조), 제1심이 유죄의 증거로 삼지 않은 증거 중 '피고인이 공소외 2로부터 필로폰을 매수하면서 그 대금을 공소외 2가 지정하는 은행계좌로 송금한 사실'에 대한 압수수색검증영장 집행보고(수사기록 103면)는 필로폰 매수행위에 대한 보강증거는 될 수 있어도 그와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거는 될 수 없다.

그렇다면 아무런 보강증거 없이 피고인의 자백만으로 이 사건 범죄사실을 인정하여 유죄의 선고를 한 제1심판결을 유지한 원심의 조치에는 자백의 보강증거에 관한 증거판단을 그르쳐 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 나. 모발 및 소변검사에 관하여

피고인 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다는 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보가 있는 경우, 그 회보의 기초가 된 감정에 있어서 실험물인 모발이 바뀌었다거나 착오나 오류가 있었다는 등의 구체적인 사정이 없는 한, 피고인으로부터 채취한 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다고 인정하여야 하고, 따라서 논리와 경험의 법칙상 피고인은 감정의 대상이 된 모발을 채취하기 이전 언젠가에 메스암페타민을 투약한 사실이 있다고 인정하여야 할 것이다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94도1680 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, 검찰은 피고인의 필로폰 투약 여부를 확인하기 위하여 이 사건 범행일시로부터 약 1개월 이내인 2007. 7. 6.에 채취한 피고인의 소변 및 모발에 대하여 국립과학수사연구소에 마약반응검사를 의뢰하였는데, 국립과학수사연구소장은 피고인의 소변에 대한 감정결과 메스암페타민 성분이 검출되지 않았을 뿐 아니라, 모발감정의 경우 길이 5~9cm 가량의 피고인 모발 120여 수를 모근에서부터 3cm까지와 3cm에서부터 끝부분까지로 각 절단하여 분할시험을 하였으나 모두 메스암페타민 성분이 검출되지 않았다는 내용의 감정의뢰회보를 검찰에 보낸 사실을 알 수 있는바, 개인의 연령, 성별, 인종, 영양상태, 개체차 등에 따라 차이가 있으나 모발이 평균적으로 한 달에 1cm 정도 자란다고 볼 때 감정의뢰된 모발의 길이에 따라 필로폰 투약시기를 대략적으로 추정할 수 있으므로, 모근에서부터 길이 5~9cm 가량의 모발검사결과 메스암페타민 성분이 전혀 검출되지 않았다는 이 사건 피고인 모발에 대한 감정의뢰회보는 적어도 피고인은 모발채취일로부터 5~9개월 이내인 이 사건 판시 범행일자에는 필로폰을 투약하지 않았다는 즉, 피고인의 무죄를 입증할 유력한 증거에 해당한다고 볼 것이다.

따라서 원심으로서는 위의 각 검사를 시행함에 있어 감정인이 충분한 자격을 갖추지 못하였다거나, 감정자료의 관리·보존상태 또는 검사방법이 적절하지 못하다거나, 그 결론 도출과정이 합리적이지 못하다거나 혹은 감정 결과 자체에 모순점이 있다는 등으로 그 감정 결과의 신뢰성을 의심할 만한 다른 사정이 있는지에 관하여 심리하여 본 다음 피고인의 범행 여부를 판단하였어야 할 것임에도( 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결 참조), 이에 관하여 아무런 심리 및 판단을 하지 아니하였다는 점을 지적해 둔다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김황식(재판장) 김영란 이홍훈 안대희(주심)