

마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류불법거래방지에관한특례법위반

·사기·마약류관리에관한법률위반(대마)

[대법원 2007. 1. 25. 2006도7342]



【판시사항】

- [1] 마약류를 투약하였음을 내용으로 하는 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 공소사실의 특정 방법
- [2] 공소사실에 기재된 메스암페타민의 투약시기, 투약한 메스암페타민의 양과 투약 방법 등의 심판대상이 특정되지 아니하여 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없다고 한 사례
- [3] 검사가 작성한 피의자신문조서의 실질적 진정성립과 증거능력
- [4] 검사가 작성한 피의자신문조서가 실질적 진정성립이 인정되지 않는 경우에 특신상태가 인정되면 증거능력이 있는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 형사소송법 제254조 제4항이 "공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다"라고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 것이므로, 검사로서는 위 세 가지 특정요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바, 이는 마약류취급자가 아니면서도 마약류를 투약하였음을 내용으로 하는 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 공소사실에 관한 기재에 있어서도 마찬가지이다.
- [2] 공소사실에 기재된 메스암페타민의 투약시기, 투약한 메스암페타민의 양과 투약 방법 등의 심판대상이 특정되지 아니하여 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없다고 한 사례.
- [3] 형사소송법 제312조 제1항 본문은 "검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있다"고 규정하고 있는바, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하고, 위 법문의 문언상 성립의 진정은 '원진술자의 진술에 의하여' 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 피고인이 된 피의자신문조서를 검사가 작성한 경우에도 다르지 않다.
- [4] 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 검사 작성의 피의자신문조서가 그 실질적 진정성립이 인정되지 아니한다면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다고 하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제254조 제4항, 마약류관리에 관한 법률 제4조 제1항, 제60조 제1항 제3호
- [2] 형사소송법 제254조 제4항, 마약류관리에 관한 법률 제4조 제1항, 제60조 제1항 제3호
- [3] 형사소송법 제312조 제1항
- [4] 형사소송법 제312조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도3082 판결(공2000하, 2483), 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7465 판결(공2006상, 150), 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005도7422 판결 /
- [3] 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결(공2005상, 173) /
- [4] 대법원 1986. 11. 25. 선고 83도1718 판결, 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1507 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 변호사 조재돈

【원심판결】 서울중앙지법 2006. 9. 29. 선고 2006노1561 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

가. 피고인 1에 대한 필로폰 투약의 점에 대하여

형사소송법 제254조 제4항이 “공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

”라고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 것이므로, 검사로서는 위 세 가지 특정요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바 (대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도3082 판결, 2005. 12. 9. 선고 2005도7465 판결 등 참조), 이는 마약류취급자가 아니면서도 마약류를 투약하였음을 내용으로 하는 마약류관리에 관한 법률위반죄의 공소사실에 관한 기재에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.

이 사건 공소사실 중 “피고인 1이 마약류 취급자가 아님에도 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 부산 연제구 이하 불상지에서 필로폰(메스암페타민) 불상량을 맥주에 타서 마시거나 1회용 주사기에 넣어 희석한 다음 자신의 팔 혈관에 주사하는 방법으로 이를 투약하였다.

"는 부분은, 메스암페타민의 투약시기, 투약한 메스암페타민의 양과 투약 방법 등의 심판대상이 특정되지 아니하여 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 위험성이 크다고 할 것이다.

따라서 위와 같은 공소사실의 기재는 특정한 구체적 사실의 기재에 해당한다고 볼 수 없어 형사소송법 제254조 제4항에 정해진 요건을 갖추지 못한 것이므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 할 것이다.

그러므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 위 부분 공소에 대하여 공소를 기각하여야 할 것인바, 이와 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 공소사실의 특징에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

나. 피고인들에 대한 필로폰 매매의 점에 대하여

형사소송법 제312조 제1항 본문은 "검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있다.

"고 규정하고 있고, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이다.

그리고 위 법문의 문언상 성립의 진정은 '원진술자의 진술에 의하여' 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것이다 (대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 판결 참조). 또한 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서에 대하여 실질적 진정성립이 인정되지 아니하는 이상 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 경우라고 하여도 이를 증거로 사용할 수 없다고 보아야 한다.

원심판결은, 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2005. 9. 일자불상 14:00경 필로폰 10g 매매의 점에 부합하는 증거로는 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있는데, 그 중 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는 피고인 1이 제1심과 원심에서 위 각 조서의 형식적 진정성립은 인정하고 있으나, 체포 당시 머리를 다쳐 검찰에서 조사받은 기억이 전혀 없다는 취지로 그 실질적 진정성립을 부인하고 있어서 증거능력이 없고, 한편 검사 작성의 피고인 2에 대한 피의자신문조서는 그 판시와 같은 이유로 신빙성이 없다고 하여, 위 공소사실에 대하여 그 증명이 없음을 이유로 무죄를 선고하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심판결은 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙이나 증거법칙을 어긴 위법이 없다.

다.

피고인 1에 대한 필로폰 교부의 점에 대하여

원심판결은, 이 사건 공소사실 중 피고인 1이 2005. 10. 일자불상 21:00경 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인에게 필로폰 0.53g을 건네주어 교부하였다는 점에 부합하는 증거로는 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신

문조서의 기재와 공소외인의 제1심 및 원심, 수사기관에서의 진술이 있는데, 그 중 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는 앞서 본 바와 같은 이유로 증거능력이 없고, 공소외인의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙성이 없다고 하여, 위 공소사실에 대하여 그 증거가 없음을 이유로 무죄를 선고하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙이나 증거법칙을 어긴 위법이 없다.

2. 피고인들의 상고이유에 대하여

징역 10년보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에 있어서는 형의 양정이 부당하다는 사유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 피고인 2의 상고이유에 대하여

원심판결이 채용한 증거들을 기록에 의하여 살펴보면, 피고인 2에 대한 판시 대마 흡연의 점을 유죄로 인정한 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장) 김황식 이홍훈(주심) 안대희