

유기치사·마약류관리에관한법률위반(향정)·사기·유사수신행위의규제

에관한법률위반·방문판매등에관한법률위반

[서울고등법원 2007. 5. 9. 2007노337]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 최상훈

【변 호 인】 변호사 이관우

【원심판결】 서울중앙지방법원 2007. 1. 19. 선고 2006고합1291, 2006고합1403(병합), 2006고합1412(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 3년에 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 170일을 위 형에 산입한다.

피고인으로부터 4,416,000원을 추징한다.

이 사건 공소사실 중 유기치사의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 이 사건 당일 공소외 1이 하는 통상적이지 않은 행동을 피고인의 관심을 끌기 위한 것으로 생각하였을 뿐, 공소외 1이 치사량의 필로폰을 전부 복용하여서 부조가 필요한 상태에 있다는 점을 인식하지 못하였고, 나아가 공소외 1이 이로 인하여 사망에 이를 수 있다는 예견가능성이 없었는데도, 원심은 이들을 모두 인정하는 잘못을 저질렀다.

나. 법리오해(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 공소외 1과 내연관계에 있었을 뿐이고, 형법 제271조 제1항이 유기죄의 부조의무의 발생근거를 특별히 제한하고 있으므로 부작위범에 관한 형법 제18조를 원용하여 유기죄의 부조의무의 인정범위를 함부로 확장하여서는 아니 되는데도, 원심은 피고인과 공소외 1의 관계를 '사실혼에 유사한 관계'라고 보아 부부간의 상호 부양의무에 준하는 법률상 부조의무가 있다고 하고, 또, 공소외 1에게 필로폰 복용의 습성을 가지게 하고, 공소외 1이 이 사건 무렵 다량의 필로폰을 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치한 피고인은, 위험발생의 원인을 야기한 사람으로서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 하여 이를 근거로 피고인에게 법률상 부조의무를 인정하였는바, 이는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다.

다.

양형부당

여러 양형조건을 고려할 때, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 원심 판시 유기치사의 점에 대한 주장에 관한 판단

가. 이 사건 공소사실 중 유기치사의 점의 요지

피고인은, 피해자 공소외 1(여, 47세)과는 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어오던 중, 2006. 8. 1. 01:00경 서울 서초구 서초동 (지번 생략)○○○모텔 601호실에서, 그 무렵 함께 투숙해 있던 피해자에게 내연관계를 청산하고 헤어지자고 하였으나 피해자가 이를 거부하며 자신의 손목을 칼로 그어 자살을 기도하는 등 극도로 예민한 상태로 괴로움을 호소하면서 당시 피고인이 소지하고 있던 필로폰 약 1.6g을 모두 먹어 버리겠다며 전부 달라고 하였는데, 필로폰을 상습적으로 취급해 온 피고인으로서 필로폰 약 1.6g 정도면 이를 한꺼번에 투약할 경우 사람이 사망에 이를 수 있다는 사실을 익히 알고 있었음에도 피해자가 피고인의 바지 주머니에서 위 필로폰 1.6g을 가져가도록 방치함으로써 피해자가 이를 물에 타서 전부 복용한 후 약물 과다 복용으로 밤새 잠을 못 이룬 채 자신의 가슴을 두드리며 고통을 호소하고, 같은 날 09:30경에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 이르렀는바, 이러한 경우 피고인으로서 자신에게서 치사량의 필로폰을 가져간 피해자가 이를 과다 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었고, 따라서 피해자가 고통으로 신음할 때 지체 없이 피해자의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 부조의무가 있음에도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 피해자를 그대로 방치하여 유기하고 이로 인하여 피해자로 하여금 같은 날 11:30경 같은 장소에서 급성약물중독으로 사망에 이르게 하였다.

나. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 원심의 판단

이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 피고인이 인식하였는지에 관하여 원심은, 피고인이 경찰에서는 3차례의 피의자신문과정에서 일관되게 "공소외 1이 판시 필로폰을 투약할 것임을 알면서도 자신이 직접 공소외 1에게 필로폰이 들어있는 비닐봉지를 주었다.

"고 진술하였고, 검찰에서는 "공소외 1이 물병에 필로폰을 한꺼번에 섞는 것을 보았고 물병을 흔드는 소리와 공소외 1이 '마셨다'고 말하는 것을 들었다.

"고 진술하였으며(서울중앙지방법검찰청 2006형제87373호 수사기록 281쪽), 나아가, 공소외 1은 피고인으로부터 1주일 동안 5차례에 걸쳐 필로폰을 투약받았고, 피고인에게서 내연관계를 청산하자는 말을 듣고 자살을 기도하는 등 정서적으로 매우 예민하고 불안정한 상태에 있었는데, 피고인으로서 이러한 사정을 알고 있었으면서도 공소외 1이 필로폰을 가져가도록 방치하였고, 그 후 공소외 1이 밤새 잠을 못 이룬 채 가슴을 두드리며 고통을 호소하고 아침에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 처하였음을 목격까지 하였다는 것인바, 사정이 이와 같다면 공소외 1이 피고인에게서 가져간 필로폰을 복용하지 않았음에도 단지 피고인의 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것으로 착각하였다는 피고인의 변명은 도저히 납득할 수 없고, 오히려 상당기간 필로폰 투약 경험이 있는 피고인으로서 공소외 1이 가져간 치사량에 해당하는 필로폰을 모두 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다고 판단하였다.

(2) 피고인의 변소

피고인은 경찰 이래 당심에 이르기까지 일관되게, 가슴을 두드리고, 아침에 방바닥에 앉아 흐느끼고, 욕실에 큰대자로 누워있는 등 이 사건 당일 공소외 1이 통상적이지 않은 행동을 하는 것을 보기는 하였지만, 당시 피고인은 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것이라고 생각했었지 공소외 1이 다량의 필로폰을 실제로 모두 복용하여 부조가 필요한 상태였다는 점을 인식하지 못하였다고 변소한다(다만 피고인은 경찰에서 자신이 공소외 1에게 필로폰을 건네주었고 공소외 1이 이를 복용하는 것을 보았다는 취지의 진술을 하였으나, 검찰에서부터는 이를 부인하고 있다).

(3) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 따르면 다음 각 사실이 인정된다.

- 1) 피고인은 2002. 3.경 공소외 1을 알게 되어 3, 4개월 후부터는 부산 수영구 광안동 소재 공소외 1의 집에서 동거를 시작하였고, 2005. 5.경 피고인이 서울로 올라온 이후에는 공소외 1이 한 달에 절반 정도는 서울로 올라와 관악구 봉천동 소재 피고인의 원룸에서 함께 지내는 등의 생활을 하였다.
- 2) 피고인은 2003. 초순경부터 몇 차례 공소외 1 몰래 음료수에 필로폰을 타서 마시게 하여 공소외 1로 하여금 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였고, 그 후에는 공소외 1의 손등 혈관 등에 필로폰을 주사해 주었다.
- 3) 피고인은 2006. 7. 25. 부산에서 올라온 공소외 1과 여관에 투숙하면서 필로폰을 함께 투약하였는데, 같은 달 27. 21:00경 평소 친분이 있던 공소외 2와 만나 술을 마신 다음 공소외 1이 있는 여관에 돌아와 공소외 2가 공소외 1에게 "피고인은 일을 해야 할 사람이니 당분간 떨어져 지내는 것이 좋겠다."
고 말하였고, 피고인도 공소외 1에게 "부산에 내려가서 당분간 서울에 오지 말라."고 말하고 여관에서 나갔다.
- 4) 이에 공소외 1은 2006. 7. 28. 오후 면도칼로 손목을 그어 자살을 기도하였고, 이를 알게 된 피고인은 다시 공소외 1을 찾아가서, 약국에서 밴드, 연고, 항생제를 사서 공소외 1의 상처를 치료해 주기도 하고, 염색약을 사서 공소외 1의 머리를 염색해 주기도 했으며, 피부마사지 팩을 사서 피부마사지를 해주기도 했고, 함께 필로폰을 투약하기도 하면서 이 사건이 발생할 때까지 함께 지냈다.
- 5) 피고인은 2006. 7. 31. 23:00경 외출하려고 하다가 공소외 1의 만류로 외출을 포기하였는데, 공소외 1은 피고인에게 "자지 말고 같이 놀자, 내가 짐승 같으냐, 걸레 같으냐"고 하면서 "괴롭다, 필로폰을 주사해 달라."고 말하였고, 피고인이 자신의 요청을 계속 거절하자 2006. 8. 1. 01:00경 피고인의 바지주머니에 있던 필로폰 1.6g을 꺼내어 간 뒤 전 부 또는 상당량을 물병(500ml)에 넣어 흔든 다음 모두 마셨다.
- 6) 그 후 공소외 1은 피고인이 누워 있는 침대로 올라와 성교를 요구하기도 하고, 방안을 왔다 갔다 하면서 잠을 청하는 피고인의 몸에 손을 대거나 답답하다면서 가슴을 두드리기도 하였다.

- 7) 피고인은 그날 09:30경 공소외 1이 방바닥에 앉아 침대에 기대어 크게 딸꾹질을 하면서 흐느끼는 소리를 내는 것을 보고, 공소외 1에게 필로폰을 복용하였으면 차라리 자수하자면서 09:35경 휴대폰으로 112 상황실에 전화를 하여 공소외 1의 얼굴에 휴대폰을 대 주었으나 공소외 1은 아무런 말을 하지 않고 전화를 끊었다.
- 8) 그 뒤 공소외 1이 욕실로 들어갔다가 2시간이 지나도 나오지 않자, 그 동안 컴퓨터 오락을 하고 있던 피고인은 욕실 문을 열어서 공소외 1이 욕실 바닥에 한쪽 눈을 뜨고 큰대자로 누워 있는 것을 보았고, 그 뒤 1시간이 지나서 다시 욕실 문을 열어서 공소외 1이 여전히 욕실 바닥에 누워 있는 것을 보고 다가가 호흡이 없음을 확인하였다.

(나) 판단

- 1) 위 인정사실에 의하면, 공소외 1이 가슴을 두드리고, 딸꾹질을 하면서 침대에 기대어 있고 흐느끼는 소리를 내거나 오랫동안 욕실에서 나오지 않고, 더군다나 욕실 바닥에 큰대자로 누워있는 등의 상황을 목격한 피고인으로서 공소외 1이 많은 양의 필로폰을 복용하여서 부조를 요하는 위험한 상태에 있다는 점을 인식하고 있지 않았나 하는 의심이 들기도 한다.
- 2) 그러나, 형사재판에서의 유죄 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도8965 판결 등 참조).
- 그런데, 위 인정사실과 기록에 따라 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고인이 공소외 1이 자살을 기도하였다는 소식을 듣고 그 안위를 걱정하여 다시 공소외 1이 있는 여관으로 돌아와 같이 지내면서, 상처를 치료해주고, 머리를 염색하여 주거나 피부마사지를 해주기도 한 점, 공소외 1이 사망한 뒤 피고인이 작성한 수첩(위 수사기록 119쪽 이하)에는 피고인이 공소외 1과 공소외 3의 사이를 의심하는 듯한 내용이 기재되어 있기는 하나, 위 수첩 기재는 피고인이 마약류에 취하여 환각상태에서 작성한 것이어서 그 기재를 그대로 믿을 수는 없고, 오히려, 피고인과 공소외 3의 검찰에서의 각 진술에 따르면 이는 사실이 아닐 가능성이 높은 점(위 수사기록 361쪽, 416쪽 이하), 오히려 위 수첩에는, 이 사건 당시 공소외 1의 통상적이지 않은 행위를 연극하는 것으로 생각하고 무심했던 자신을 탓하거나(위 수사기록 129쪽), 공소외 1이 필로폰을 먹지 않은 것으로 보이는데 왜 죽었는지 모르겠다는 취지의 내용(위 수사기록 131쪽) 등이 기재되어 있는 점, 피고인이 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 인식하고서도 일부러 구조조치를 취하지 아니하여 공소외 1로 하여금 사망에 이르게 할 정도로 증오하고 있었던 것으로 보이지 않고, 그 밖에 위와 같은 범행을 저지를 만한 동기를 찾아보기 힘든 점, 이 사건에서 공소외 1이 필로폰을 물에 타 마신 후 보인 태도와 행동은 모두 피고인의 진술에 의존하여 인정되는 것인바, 만일 피고인이 유기치사죄의 죄책을 지지 않기 위하여 거짓진술을 하려고 마음먹었다면, 공소외 1이 필로폰 복용 뒤 보인 통상적이지 않은 행동이나 그에 대한 피고인의 의심받을 만한 태도들에 대하여 진술할 이유가 없는 점, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 위험한 상태에 있었음을 알고 있었다면, 112에 신고하여 공소외 1을 바꾸어 줄 이유가 없고, 이 점에 관하여는 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 한다고 여기고 이를 그만두게 할 목적으로 112에 전화했다는 취지의 피고인의 변명이 수긍이 가는 점 등에 비추어보면, 원심이 들고 있는 사정들을 감안하더라도, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰

을 복용하여 부조를 요하는 상태에 있다고 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심이 생기지 않을 정도로 확신하기에는 부족하다고 판단된다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

법리오해 주장에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, 판례와 학설에 따르면 유기치사죄의 주체는, 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자에 한정되지만, 민법 제826조 제1항에 의하면 부부 사이에는 상호 부양의무가 있고, 나아가 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 사람은 형법 제18조에 의하여 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있는데 이러한 의무는 위에서 말한 법률상 의무에 포함된다거나 혹은 보호의무의 근거가 되는 계약은 명시적 계약이 아니더라도 묵시적 의사가 추정될 수 있는 경우를 널리 포함하여야 한다는 견해도 유력하다고 전제한 다음, ① 피고인과 공소외 1이 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어와 사실혼에 유사한 관계가 형성되어 있었으므로, 민법이 정하고 있는 부부간의 상호 부양의무에 준하는 보호의무를 인정할 만하고, ② 피고인이 공소외 1에게 필로폰을 복용하도록 하여 마약중독으로 보이는 습성을 갖게 하였고, 이 사건 무렵에도 공소외 1에게 필로폰을 1주일 동안 5회나 투약한 상태에서 남은 필로폰 1.6g까지 공소외 1이 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치함으로써, 공소외 1로 하여금 급성약물중독으로 사망하게 된 원인을 제공하였으므로, 그렇다면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 제공한 피고인은 필로폰을 복용한 공소외 1이 고통으로 신음할 때 지체없이 공소외 1의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 법률상 보호의무를 부담한다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 먼저, 피고인과 공소외 1 사이에 민법 제826조 제1항이 정하고 있는 부부 사이의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 경우에 한하여 사실혼관계를 인정하여(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결 참조), 일정한 범위 안에서 법률상의 혼인에 준하는 권리의무관계를 인정할 수 있을 뿐이지, 이 사건처럼 피고인과 공소외 1이 4년 여 동안 동거하기도 하면서 내연관계를 맺어왔다는 점만으로는 두 사람의 관계를 사실혼관계라고 보거나 부부간의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수는 없다고 판단된다.

(나) 다음으로, 피고인이 자기의 행위로 인하여 공소외 1에게 위험이 발생하는 원인을 야기했기 때문에 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 할 수 있는지에 관하여 보건대, ① 피고인이 예전에 공소외 1 몰래 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였다거나 이 사건 전에 공소외 1에게 필로폰을 투여하여 왔다는 점을 들어, 피고인이 이 사건 위험을 발생하는 원인을 야기했다고 할 수는 없고, ② 피고인이 이 사건 당일 공소외 1에게 치사량의 필로폰을 직접 복용시킨 점이 인정되지 않고, 단지 공소외 1이 피고인의 옷에서 필로폰을 꺼내가는 것을 피고인이 방치하였다는 점만 인정되는 마당에, 그 점을 들어 피고인이 공소외 1에게 이 사건 위험이 발생하는 원인을 야기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이므로, 피고인에게 위와 같은 작위의무가 있다고 할 수 없다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 원심 판시 유기치사죄 부분에 대한 이 사건 항소는 이유 있고, 원심은 위 유기치사죄 부분과 나머지 부분을 형법 제37조 전단 경합범의 관계로 보아 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 이 사건 당일 공소외 1이 하는 통상적이지 않은 행동을 피고인의 관심을 끌기 위한 것으로 생각하였을 뿐, 공소외 1이 치사량의 필로폰을 전부 복용하여서 부조가 필요한 상태에 있다는 점을 인식하지 못하였고, 나아가 공소외 1이 이로 인하여 사망에 이를 수 있다는 예견가능성이 없었는데도, 원심은 이들을 모두 인정하는 잘못을 저질렀다.

나. 법리오해(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 공소외 1과 내연관계에 있었을 뿐이고, 형법 제271조 제1항이 유기죄의 부조의무의 발생근거를 특별히 제한하고 있으므로 부작위범에 관한 형법 제18조를 원용하여 유기죄의 부조의무의 인정범위를 함부로 확장하여서는 아니 되는데도, 원심은 피고인과 공소외 1의 관계를 '사실혼에 유사한 관계'라고 보아 부부간의 상호 부양의무에 준하는 법률상 부조의무가 있다고 하고, 또, 공소외 1에게 필로폰 복용의 습성을 가지게 하고, 공소외 1이 이 사건 무렵 다량의 필로폰을 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치한 피고인은, 위험발생의 원인을 야기한 사람으로서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 하여 이를 근거로 피고인에게 법률상 부조의무를 인정하였는바, 이는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다.

다.

양형부당

여러 양형조건을 고려할 때, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 원심 판시 유기치사의 점에 대한 주장에 관한 판단

가. 이 사건 공소사실 중 유기치사의 점의 요지

피고인은, 피해자 공소외 1(여, 47세)과는 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어오던 중, 2006. 8. 1. 01:00경 서울 서초구 서초동 (지번 생략)○○○모텔 601호실에서, 그 무렵 함께 투숙해 있던 피해자에게 내연관계를 청산하고 헤어지자고 하였으나 피해자가 이를 거부하며 자신의 손목을 칼로 그어 자살을 기도하는 등 극도로 예민한 상태로 괴로움을 호소하면서 당시 피고인이 소지하고 있던 필로폰 약 1.6g을 모두 먹어 버리겠다며 전부 달라고 하였는데, 필로폰을 상습적으로 취급해 온 피고인으로서 필로폰 약 1.6g 정도면 이를 한꺼번에 투약할 경우 사람이 사망에 이를

수 있다는 사실을 익히 알고 있었음에도 피해자가 피고인의 바지 주머니에서 위 필로폰 1.6g을 가져가도록 방치함으로써 피해자가 이를 물에 타서 전부 복용한 후 약물 과다 복용으로 밤새 잠을 못 이룬 채 자신의 가슴을 두드리며 고통을 호소하고, 같은 날 09:30경에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 이르렀는바, 이러한 경우 피고인으로서의 자신에게서 치사량의 필로폰을 가져간 피해자가 이를 과다 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었고, 따라서 피해자가 고통으로 신음할 때 지체 없이 피해자의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 부조의무가 있음에도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 피해자를 그대로 방치하여 유기하고 이로 인하여 피해자로 하여금 같은 날 11:30경 같은 장소에서 급성약물중독으로 사망에 이르게 하였다.

나. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 원심의 판단

이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 피고인이 인식하였는지에 관하여 원심은, 피고인이 경찰에서는 3차례의 피의자신문과정에서 일관되게 " 공소외 1이 판시 필로폰을 투약할 것임을 알면서도 자신이 직접 공소외 1에게 필로폰이 들어있는 비닐봉지를 주었다.

"고 진술하였고, 검찰에서는 " 공소외 1이 물병에 필로폰을 한꺼번에 섞는 것을 보았고 물병을 흔드는 소리와 공소외 1이 '마셨다'고 말하는 것을 들었다.

"고 진술하였으며(서울중앙지방법검찰청 2006형제87373호 수사기록 281쪽), 나아가, 공소외 1은 피고인으로부터 1주일 동안 5차례에 걸쳐 필로폰을 투약받았고, 피고인에게서 내연관계를 청산하자는 말을 듣고 자살을 기도하는 등 정서적으로 매우 예민하고 불안정한 상태에 있었는데, 피고인으로서 이러한 사정을 알고 있었으면서도 공소외 1이 필로폰을 가져가도록 방치하였고, 그 후 공소외 1이 밤새 잠을 못 이룬 채 가슴을 두드리며 고통을 호소하고 아침에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 처하였음을 목격까지 하였다는 것인바, 사정이 이와 같다면 공소외 1이 피고인에게서 가져간 필로폰을 복용하지 않았음에도 단지 피고인의 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것으로 착각하였다는 피고인의 변명은 도저히 납득할 수 없고, 오히려 상당기간 필로폰 투약 경험이 있는 피고인으로서 공소외 1이 가져간 치사량에 해당하는 필로폰을 모두 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다고 판단하였다.

(2) 피고인의 변소

피고인은 경찰 이래 당심에 이르기까지 일관되게, 가슴을 두드리고, 아침에 방바닥에 앉아 흐느끼고, 욕실에 큰대자로 누워있는 등 이 사건 당일 공소외 1이 통상적이지 않은 행동을 하는 것을 보기는 하였지만, 당시 피고인은 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것이라고 생각했는지 공소외 1이 다량의 필로폰을 실제로 모두 복용하여 부조가 필요한 상태였다는 점을 인식하지 못하였다고 변소한다(다만 피고인은 경찰에서 자신이 공소외 1에게 필로폰을 건네주었고 공소외 1이 이를 복용하는 것을 보았다는 취지의 진술을 하였으나, 검찰에서부터는 이를 부인하고 있다

.

).

(3) 당심의 판단

(가) 인정사실

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 따르면 다음 각 사실이 인정된다.

- 1) 피고인은 2002. 3.경 공소외 1을 알게 되어 3, 4개월 후부터는 부산 수영구 광안동 소재 공소외 1의 집에서 동거를 시작하였고, 2005. 5.경 피고인이 서울로 올라온 이후에는 공소외 1이 한 달에 절반 정도는 서울로 올라와 관악구 봉천동 소재 피고인의 원룸에서 함께 지내는 등의 생활을 하였다.
- 2) 피고인은 2003. 초순경부터 몇 차례 공소외 1 몰래 음료수에 필로폰을 타서 마시게 하여 공소외 1로 하여금 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였고, 그 후에는 공소외 1의 손등 혈관 등에 필로폰을 주사해 주었다.
- 3) 피고인은 2006. 7. 25. 부산에서 올라온 공소외 1과 여관에 투숙하면서 필로폰을 함께 투약하였는데, 같은 달 27. 21:00경 평소 친분이 있던 공소외 2와 만나 술을 마신 다음 공소외 1이 있는 여관에 돌아와 공소외 2가 공소외 1에게 "피고인은 일을 해야 할 사람이니 당분간 떨어져 지내는 것이 좋겠다."
고 말하였고, 피고인도 공소외 1에게 "부산에 내려가서 당분간 서울에 오지 말라."고 말하고 여관에서 나갔다.
- 4) 이에 공소외 1은 2006. 7. 28. 오후 면도칼로 손목을 그어 자살을 기도하였고, 이를 알게 된 피고인은 다시 공소외 1을 찾아가서, 약국에서 밴드, 연고, 항생제를 사서 공소외 1의 상처를 치료해 주기도 하고, 염색약을 사서 공소외 1의 머리를 염색해 주기도 했으며, 피부마사지 팩을 사서 피부마사지를 해주기도 했고, 함께 필로폰을 투약하기도 하면서 이 사건이 발생할 때까지 함께 지냈다.
- 5) 피고인은 2006. 7. 31. 23:00경 외출하려고 하다가 공소외 1의 만류로 외출을 포기하였는데, 공소외 1은 피고인에게 "자지 말고 같이 놀자, 내가 짐승 같으냐, 걸레 같으냐"고 하면서 "괴롭다, 필로폰을 주사해 달라."고 말하였고, 피고인이 자신의 요청을 계속 거절하자 2006. 8. 1. 01:00경 피고인의 바지주머니에 있던 필로폰 1.6g을 꺼내어 간 뒤 전 부 또는 상당량을 물병(500ml)에 넣어 흔든 다음 모두 마셨다.
- 6) 그 후 공소외 1은 피고인이 누워 있는 침대로 올라와 성교를 요구하기도 하고, 방안을 왔다 갔다 하면서 잠을 청하는 피고인의 몸에 손을 대거나 답답하다면서 가슴을 두드리기도 하였다.
- 7) 피고인은 그날 09:30경 공소외 1이 방바닥에 앉아 침대에 기대어 크게 딸꾹질을 하면서 흐느끼는 소리를 내는 것을 보고, 공소외 1에게 필로폰을 복용하였으면 차라리 자수하자면서 09:35경 휴대폰으로 112 상황실에 전화를 하여 공소외 1의 얼굴에 휴대폰을 대 주었으나 공소외 1은 아무런 말을 하지 않고 전화를 끊었다.
- 8) 그 뒤 공소외 1이 욕실로 들어갔다가 2시간이 지나도 나오지 않자, 그 동안 컴퓨터 오락을 하고 있던 피고인은 욕실 문을 열어서 공소외 1이 욕실 바닥에 한쪽 눈을 뜨고 큰대자로 누워 있는 것을 보았고, 그 뒤 1시간이 지나서 다시 욕실 문을 열어서 공소외 1이 여전히 욕실 바닥에 누워 있는 것을 보고 다가가 호흡이 없음을 확인하였다.

(나) 판단

1) 위 인정사실에 의하면, 공소외 1이 가슴을 두드리고, 딸꾹질을 하면서 침대에 기대어 있고 흐느끼는 소리를 내거나 오랫동안 욕실에서 나오지 않고, 더군다나 욕실 바닥에 큰대자로 누워있는 등의 상황을 목격한 피고인으로서 공소외 1이 많은 양의 필로폰을 복용하여서 부조를 요하는 위험한 상태에 있다는 점을 인식하고 있지 않았나 하는 의심이 들기도 한다.

2) 그러나, 형사재판에서의 유죄 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도8965 판결 등 참조).

그런데, 위 인정사실과 기록에 따라 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고인이 공소외 1이 자살을 기도하였다는 소식을 듣고 그 안위를 걱정하여 다시 공소외 1이 있는 여관으로 돌아와 같이 지내면서, 상처를 치료해주고, 머리를 염색하여 주거나 피부마사지를 해주기도 한 점, 공소외 1이 사망한 뒤 피고인이 작성한 수첩(위 수사기록 119쪽 이하)에는 피고인이 공소외 1과 공소외 3의 사이를 의심하는 듯한 내용이 기재되어 있기는 하나, 위 수첩 기재는 피고인이 마약류에 취하여 환각상태에서 작성한 것이어서 그 기재를 그대로 믿을 수는 없고, 오히려, 피고인과 공소외 3의 검찰에서의 각 진술에 따르면 이는 사실이 아닐 가능성이 높은 점(위 수사기록 361쪽, 416쪽 이하), 오히려 위 수첩에는, 이 사건 당시 공소외 1의 통상적이지 않은 행위를 연극하는 것으로 생각하고 무심했던 자신을 탓하거나(위 수사기록 129쪽), 공소외 1이 필로폰을 먹지 않은 것으로 보이는데 왜 죽었는지 모르겠다는 취지의 내용(위 수사기록 131쪽) 등이 기재되어 있는 점, 피고인이 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 인식하고서도 일부러 구조조치를 취하지 아니하여 공소외 1로 하여금 사망에 이르게 할 정도로 증오하고 있었던 것으로 보이지 않고, 그 밖에 위와 같은 범행을 저지를 만한 동기를 찾아보기 힘든 점, 이 사건에서 공소외 1이 필로폰을 물에 타 마신 후 보인 태도와 행동은 모두 피고인의 진술에 의존하여 인정되는 것인바, 만일 피고인이 유기치사죄의 죄책을 지지 않기 위하여 거짓진술을 하려고 마음먹었다면, 공소외 1이 필로폰 복용 뒤 보인 통상적이지 않은 행동이나 그에 대한 피고인의 의심받을 만한 태도들에 대하여 진술할 이유가 없는 점, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 위험한 상태에 있었음을 알고 있었다면, 112에 신고하여 공소외 1을 바꾸어 줄 이유가 없고, 이 점에 관하여는 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 한다고 여기고 이를 그만두게 할 목적으로 112에 전화했다는 취지의 피고인의 변명이 수긍이 가는 점 등에 비추어보면, 원심이 들고 있는 사정들을 감안하더라도, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하여 부조를 요하는 상태에 있다고 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심이 생기지 않을 정도로 확신하기에는 부족하다고 판단된다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

법리오해 주장에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, 판례와 학설에 따르면 유기치사죄의 주체는, 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자에 한정되지만, 민법 제826조 제1항에 의하면 부부 사이에는 상호 부양의무가 있고, 나아가 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 사람은 형법 제18조에 의하여 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있는데 이러한 의무는 위에서 말한 법률상 의무에 포함된다거나 혹은 보호의무의 근거가 되는 계약은 명시적 계약이 아니더라도 묵시적 의사가 추정될 수 있는 경우를 널리 포함하여야 한다는 견해도 유력하다고 전제한다 다음, ① 피고인과 공소외 1이 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어와 사실혼에 유사한 관계가 형성되어 있었으므로, 민법이 정하고 있는 부부간의 상호 부양의무에 준하는 보호의무를 인정할 만하고, ② 피고인이 공소외 1에게 필로폰을 복용하도록 하여 마약중독으로 보이는 습성을 갖게 하였고, 이 사건 무렵에도 공소외 1에게 필로폰을 1주일 동안 5회나 투약한 상태에서 남은 필로폰 1.6g까지 공소외 1이 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치함으로써, 공소외 1로 하여금 급성약물중독으로 사망하게 된 원인을 제공하였으므로, 그렇다면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 제공한 피고인은 필로폰을 복용한 공소외 1이 고통으로 신음할 때 지체없이 공소외 1의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 법률상 보호의무를 부담한다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 먼저, 피고인과 공소외 1 사이에 민법 제826조 제1항이 정하고 있는 부부 사이의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 경우에 한하여 사실혼관계를 인정하여(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결 참조), 일정한 범위 안에서 법률상의 혼인에 준하는 권리의무관계를 인정할 수 있을 뿐이지, 이 사건처럼 피고인과 공소외 1이 4년 여 동안 동거하기도 하면서 내연관계를 맺어왔다는 점만으로는 두 사람의 관계를 사실혼관계라고 보거나 부부간의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수는 없다고 판단된다.

(나) 다음으로, 피고인이 자기의 행위로 인하여 공소외 1에게 위험이 발생하는 원인을 야기했기 때문에 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 할 수 있는지에 관하여 보건대, ① 피고인이 예전에 공소외 1 몰래 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였다거나 이 사건 전에 공소외 1에게 필로폰을 투여하여 왔다는 점을 들어, 피고인이 이 사건 위험을 발생하는 원인을 야기했다고 할 수는 없고, ② 피고인이 이 사건 당일 공소외 1에게 치사량의 필로폰을 직접 복용시킨 점이 인정되지 않고, 단지 공소외 1이 피고인의 옷에서 필로폰을 꺼내가는 것을 피고인이 방치하였다는 점만 인정되는 마당에, 그 점을 들어 피고인이 공소외 1에게 이 사건 위험이 발생하는 원인을 야기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이므로, 피고인에게 위와 같은 작위의무가 있다고 할 수 없다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 원심 판시 유기치사죄 부분에 대한 이 사건 항소는 이유 있고, 원심은 위 유기치사죄 부분과 나머지 부분을 형법 제37조 전단 경합범의 관계로 보아 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 이 사건 당일 공소외 1이 하는 통상적이지 않은 행동을 피고인의 관심을 끌기 위한 것으로 생각하였을 뿐, 공소외 1이 치사량의 필로폰을 전부 복용하여서 부조가 필요한 상태에 있다는 점을 인식하지 못하였고, 나아가 공소외 1이 이로 인하여 사망에 이를 수 있다는 예견가능성이 없었는데도, 원심은 이들을 모두 인정하는 잘못을 저질렀다.

나. 법리오해(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 공소외 1과 내연관계에 있었을 뿐이고, 형법 제271조 제1항이 유기죄의 부조 의무의 발생근거를 특별히 제한하고 있으므로 부작위범에 관한 형법 제18조를 원용하여 유기죄의 부조 의무의 인정범위를 함부로 확장하여서는 아니 되는데도, 원심은 피고인과 공소외 1의 관계를 '사실혼에 유사한 관계'라고 보아 부부간의 상호 부양의무에 준하는 법률상 부조 의무가 있다고 하고, 또, 공소외 1에게 필로폰 복용의 습성을 가지게 하고, 공소외 1이 이 사건 무렵 다량의 필로폰을 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치한 피고인은, 위험발생의 원인을 야기한 사람으로서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 하여 이를 근거로 피고인에게 법률상 부조 의무를 인정하였는바, 이는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다.

다.

양형부당

여러 양형조건을 고려할 때, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 원심 판시 유기치사의 점에 대한 주장에 관한 판단

가. 이 사건 공소사실 중 유기치사의 점의 요지

피고인은, 피해자 공소외 1(여, 47세)과는 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어오던 중, 2006. 8. 1. 01:00경 서울 서초구 서초동 (지번 생략)○○○모텔 601호실에서, 그 무렵 함께 투숙해 있던 피해자에게 내연관계를 청산하고 헤어지자고 하였으나 피해자가 이를 거부하며 자신의 손목을 칼로 그어 자살을 기도하는 등 극도로 예민한 상태로 괴로움을 호소하면서 당시 피고인이 소지하고 있던 필로폰 약 1.6g을 모두 먹어 버리겠다며 전부 달라고 하였는데, 필로폰을 상습적으로 취급해 온 피고인으로서 필로폰 약 1.6g 정도면 이를 한꺼번에 투약할 경우 사람이 사망에 이를 수 있다는 사실을 익히 알고 있었음에도 피해자가 피고인의 바지 주머니에서 위 필로폰 1.6g을 가져가도록 방치함으로써 피해자가 이를 물에 타서 전부 복용한 후 약물 과다 복용으로 밤새 잠을 못 이룬 채 자신의 가슴을 두드리며 고통을 호소하고, 같은 날 09:30경에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 이르렀는바, 이러한 경우 피고인으로서 자신에게서 치사량의 필로폰을 가져간 피해자가 이를 과다 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었고, 따라서 피해자가 고통으로 신음할 때 지체 없이 피해자의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 부조 의무가 있음에도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 피해자를 그대로 방치하여 유기하고 이로 인하여 피해자로 하여금 같은 날 11:30경 같은 장소에서 급성약물중독으로 사망에 이르게 하였다.

나. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 원심의 판단

이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 피고인이 인식하였는지에 관하여 원심은, 피고인이 경찰에서 3차례의 피의자신문과정에서 일관되게 " 공소외 1이 판시 필로폰을 투약할 것임을 알면서도 자신이 직접 공소외 1에게 필로폰이 들어있는 비닐봉지를 주었다.

"고 진술하였고, 검찰에서는 " 공소외 1이 물병에 필로폰을 한꺼번에 섞는 것을 보았고 물병을 흔드는 소리와 공소외 1이 '마셨다'고 말하는 것을 들었다.

"고 진술하였으며(서울중앙지방법검찰청 2006형제87373호 수사기록 281쪽), 나아가, 공소외 1은 피고인으로부터 1주일 동안 5차례에 걸쳐 필로폰을 투약받았고, 피고인에게서 내연관계를 청산하자는 말을 듣고 자살을 기도하는 등 정서적으로 매우 예민하고 불안정한 상태에 있었는데, 피고인으로서 이러한 사정을 알고 있었으면서도 공소외 1이 필로폰을 가져가도록 방치하였고, 그 후 공소외 1이 밤새 잠을 못 이룬 채 가슴을 두드리며 고통을 호소하고 아침에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 처하였음을 목격까지 하였다는 것인바, 사정이 이와 같다면 공소외 1이 피고인에게서 가져간 필로폰을 복용하지 않았음에도 단지 피고인의 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것으로 착각하였다는 피고인의 변명은 도저히 납득할 수 없고, 오히려 상당기간 필로폰 투약 경험이 있는 피고인으로서 공소외 1이 가져간 치사량에 해당하는 필로폰을 모두 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다고 판단하였다.

(2) 피고인의 변소

피고인은 경찰 이래 당심에 이르기까지 일관되게, 가슴을 두드리고, 아침에 방바닥에 앉아 흐느끼고, 욕실에 큰대자로 누워있는 등 이 사건 당일 공소외 1이 통상적이지 않은 행동을 하는 것을 보기는 하였지만, 당시 피고인은 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것이라고 생각했었지 공소외 1이 다량의 필로폰을 실제로 모두 복용하여 부조가 필요한 상태였다는 점을 인식하지 못하였다고 변소한다(다만 피고인은 경찰에서 자신이 공소외 1에게 필로폰을 건네주었고 공소외 1이 이를 복용하는 것을 보았다는 취지의 진술을 하였으나, 검찰에서부터는 이를 부인하고 있다 .).

(3) 당심의 판단

(가) 인정사실

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 따르면 다음 각 사실이 인정된다.

1) 피고인은 2002. 3.경 공소외 1을 알게 되어 3, 4개월 후부터는 부산 수영구 광안동 소재 공소외 1의 집에서 동거를 시작하였고, 2005. 5.경 피고인이 서울로 올라온 이후에는 공소외 1이 한 달에 절반 정도는 서울로 올라와 관악구 봉천동 소재 피고인의 원룸에서 함께 지내는 등의 생활을 하였다.

2) 피고인은 2003. 초순경부터 몇 차례 공소외 1 몰래 음료수에 필로폰을 타서 마시게 하여 공소외 1로 하여금 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였고, 그 후에는 공소외 1의 손등 혈관 등에 필로폰을 주사해 주었다.

3) 피고인은 2006. 7. 25. 부산에서 올라온 공소외 1과 여관에 투숙하면서 필로폰을 함께 투약하였는데, 같은 달 27. 21:00경 평소 친분이 있던 공소외 2와 만나 술을 마신 다음 공소외 1이 있는 여관에 돌아와 공소외 2가 공소외 1에게 "피고인은 일을 해야 할 사람이니 당분간 떨어져 지내는 것이 좋겠다."

"고 말하였고, 피고인도 공소외 1에게 "부산에 내려가서 당분간 서울에 오지 말라."고 말하고 여관에서 나갔다.

4) 이에 공소외 1은 2006. 7. 28. 오후 면도칼로 손목을 그어 자살을 기도하였고, 이를 알게 된 피고인은 다시 공소외 1을 찾아가서, 약국에서 밴드, 연고, 항생제를 사서 공소외 1의 상처를 치료해 주기도 하고, 염색약을 사서 공소외 1의 머리를 염색해 주기도 했으며, 피부마사지 팩을 사서 피부마사지를 해주기도 했고, 함께 필로폰을 투약하기도 하면서 이 사건이 발생할 때까지 함께 지냈다.

5) 피고인은 2006. 7. 31. 23:00경 외출하려고 하다가 공소외 1의 만류로 외출을 포기하였는데, 공소외 1은 피고인에게 "자지 말고 같이 놀자, 내가 짐승 같으냐, 걸레 같으냐"고 하면서 "괴롭다, 필로폰을 주사해 달라."고 말하였고, 피고인이 자신의 요청을 계속 거절하자 2006. 8. 1. 01:00경 피고인의 바지주머니에 있던 필로폰 1.6g을 꺼내어 간 뒤 전부 또는 상당량을 물병(500ml)에 넣어 흔든 다음 모두 마셨다.

6) 그 후 공소외 1은 피고인이 누워 있는 침대로 올라와 성교를 요구하기도 하고, 방안을 왔다 갔다 하면서 잠을 청하는 피고인의 몸에 손을 대거나 답답하다면서 가슴을 두드리기도 하였다.

7) 피고인은 그날 09:30경 공소외 1이 방바닥에 앉아 침대에 기대어 크게 딸꾹질을 하면서 흐느끼는 소리를 내는 것을 보고, 공소외 1에게 필로폰을 복용하였으면 차라리 자수하자면서 09:35경 휴대폰으로 112 상황실에 전화를 하여 공소외 1의 얼굴에 휴대폰을 대 주었으나 공소외 1은 아무런 말을 하지 않고 전화를 끊었다.

8) 그 뒤 공소외 1이 욕실로 들어갔다가 2시간이 지나도 나오지 않자, 그 동안 컴퓨터 오락을 하고 있던 피고인은 욕실 문을 열어 공소외 1이 욕실 바닥에 한쪽 눈을 뜨고 큰대자로 누워 있는 것을 보았고, 그 뒤 1시간이 지나서 다시 욕실 문을 열어 공소외 1이 여전히 욕실 바닥에 누워 있는 것을 보고 다가가 호흡이 없음을 확인하였다.

(나) 판단

1) 위 인정사실에 의하면, 공소외 1이 가슴을 두드리고, 딸꾹질을 하면서 침대에 기대어 있고 흐느끼는 소리를 내거나 오랫동안 욕실에서 나오지 않고, 더군다나 욕실 바닥에 큰대자로 누워있는 등의 상황을 목격한 피고인으로서 공소외 1이 많은 양의 필로폰을 복용하여서 부조를 요하는 위험한 상태에 있다는 점을 인식하고 있지 않았나 하는 의심이 들기도 한다.

2) 그러나, 형사재판에서의 유죄 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도

피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도8965 판결 등 참조).

그런데, 위 인정사실과 기록에 따라 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고인이 공소외 1이 자살을 기도하였다는 소식을 듣고 그 안위를 걱정하여 다시 공소외 1이 있는 여관으로 돌아와 같이 지내면서, 상처를 치료해주고, 머리를 염색하여 주거나 피부마사지를 해주기도 한 점, 공소외 1이 사망한 뒤 피고인이 작성한 수첩(위 수사기록 119쪽 이하)에는 피고인이 공소외 1과 공소외 3의 사이를 의심하는 듯한 내용이 기재되어 있기는 하나, 위 수첩 기재는 피고인이 마약류에 취하여 환각상태에서 작성한 것이어서 그 기재를 그대로 믿을 수는 없고, 오히려, 피고인과 공소외 3의 검찰에서의 각 진술에 따르면 이는 사실이 아닐 가능성이 높은 점(위 수사기록 361쪽, 416쪽 이하), 오히려 위 수첩에는, 이 사건 당시 공소외 1의 통상적이지 않은 행위를 연극하는 것으로 생각하고 무심했던 자신을 탓하거나(위 수사기록 129쪽), 공소외 1이 필로폰을 먹지 않은 것으로 보이는데 왜 죽었는지 모르겠다는 취지의 내용(위 수사기록 131쪽) 등이 기재되어 있는 점, 피고인이 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 인식하고서도 일부러 구조조치를 취하지 아니하여 공소외 1로 하여금 사망에 이르게 할 정도로 증오하고 있었던 것으로 보이지 않고, 그 밖에 위와 같은 범행을 저지를 만한 동기를 찾아보기 힘든 점, 이 사건에서 공소외 1이 필로폰을 물에 타 마신 후 보인 태도와 행동은 모두 피고인의 진술에 의존하여 인정되는 것인바, 만일 피고인이 유기치사죄의 죄책을 지지 않기 위하여 거짓진술을 하려고 마음먹었다면, 공소외 1이 필로폰 복용 뒤 보인 통상적이지 않은 행동이나 그에 대한 피고인의 의심받을 만한 태도들에 대하여 진술할 이유가 없는 점, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 위험한 상태에 있었음을 알고 있었다면, 112에 신고하여 공소외 1을 바꾸어 줄 이유가 없고, 이 점에 관하여는 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 한다고 여기고 이를 그만두게 할 목적으로 112에 전화했다는 취지의 피고인의 변명이 수긍이 가는 점 등에 비추어보면, 원심이 들고 있는 사정들을 감안하더라도, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하여 부조를 요하는 상태에 있다고 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심이 생기지 않을 정도로 확신하기에는 부족하다고 판단된다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

법리오해 주장에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, 판례와 학설에 따르면 유기치사죄의 주체는, 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자에 한정되지만, 민법 제826조 제1항에 의하면 부부 사이에는 상호 부양의무가 있고, 나아가 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 사람은 형법 제18조에 의하여 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있는데 이러한 의무는 위에서 말한 법률상 의무에 포함된다거나 혹은 보호의무의 근거가 되는 계약은 명시적 계약이 아니더라도 묵시적 의사가 추정될 수 있는 경우를 널리 포함하여야 한다는 견해도 유력하다고 전제한 다음, ① 피고인과 공소외 1이 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어와 사실혼에 유사한 관계가 형성되어 있었으므로, 민법이 정하고 있는 부부간의 상호 부양의무에 준하는 보호의무를 인정할 만하고, ② 피고인이 공소외 1에게 필로폰을 복용하도록 하여 마약중독으로 보이는 습성을 갖게 하였고, 이 사건 무렵에도 공소외 1에게 필로폰을 1주일 동안 5회나 투약한 상태에서 남은 필로폰 1.6g까지 공소외 1이 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치함으로써, 공소외 1로 하여금 급성약물중독으로 사망하게 된 원인을 제공하였으므로, 그렇다면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 제공

한 피고인은 필로폰을 복용한 공소외 1이 고통으로 신음할 때 지체없이 공소외 1의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 법률상 보호의무를 부담한다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 먼저, 피고인과 공소외 1 사이에 민법 제826조 제1항이 정하고 있는 부부 사이의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 경우에 한하여 사실혼관계를 인정하여(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결 참조), 일정한 범위 안에서 법률상의 혼인에 준하는 권리의무관계를 인정할 수 있을 뿐이지, 이 사건처럼 피고인과 공소외 1이 4년 여 동안 동거하기도 하면서 내연관계를 맺어왔다는 점만으로는 두 사람의 관계를 사실혼관계라고 보거나 부부간의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수는 없다고 판단된다.

(나) 다음으로, 피고인이 자기의 행위로 인하여 공소외 1에게 위험이 발생하는 원인을 야기했기 때문에 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 할 수 있는지에 관하여 보건대, ① 피고인이 예전에 공소외 1 몰래 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였다거나 이 사건 전에 공소외 1에게 필로폰을 투여하여 왔다는 점을 들어, 피고인이 이 사건 위험을 발생하는 원인을 야기했다고 할 수는 없고, ② 피고인이 이 사건 당일 공소외 1에게 치사량의 필로폰을 직접 복용시킨 점이 인정되지 않고, 단지 공소외 1이 피고인의 옷에서 필로폰을 꺼내가는 것을 피고인이 방치하였다는 점만 인정되는 마당에, 그 점을 들어 피고인이 공소외 1에게 이 사건 위험이 발생하는 원인을 야기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이므로, 피고인에게 위와 같은 작위의무가 있다고 할 수 없다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 원심 판시 유기치사죄 부분에 대한 이 사건 항소는 이유 있고, 원심은 위 유기치사죄 부분과 나머지 부분을 형법 제37조 전단 경합범의 관계로 보아 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 이 사건 당일 공소외 1이 하는 통상적이지 않은 행동을 피고인의 관심을 끌기 위한 것으로 생각하였을 뿐, 공소외 1이 치사량의 필로폰을 전부 복용하여서 부조가 필요한 상태에 있다는 점을 인식하지 못하였고, 나아가 공소외 1이 이로 인하여 사망에 이를 수 있다는 예견가능성이 없었는데도, 원심은 이들을 모두 인정하는 잘못을 저질렀다.

나. 법리오해(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 공소외 1과 내연관계에 있었을 뿐이고, 형법 제271조 제1항이 유기죄의 부조의무의 발생근거를 특별히 제한하고 있으므로 부작위범에 관한 형법 제18조를 원용하여 유기죄의 부조의무의 인정범위를 함부로 확장하여서는 아니 되는데도, 원심은 피고인과 공소외 1의 관계를 '사실혼에 유사한 관계'라고 보아 부부간의 상호 부양의무에 준하는 법률상 부조의무가 있다고 하고, 또, 공소외 1에게 필로폰 복용의 습성을 가지게 하고, 공소외 1이 이 사건 무렵 다량의 필로폰을 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치한 피고인은, 위험발생의 원인을 야기한 사람으로서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 하여 이를 근거로 피고인에게 법률상 부조의무를 인정하였는바, 이는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다.

다.

양형부당

여러 양형조건을 고려할 때, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 원심 판시 유기치사의 점에 대한 주장에 관한 판단

가. 이 사건 공소사실 중 유기치사의 점의 요지

피고인은, 피해자 공소외 1(여, 47세)과는 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어오던 중, 2006. 8. 1. 01:00경 서울 서초구 서초동 (지번 생략)○○○모텔 601호실에서, 그 무렵 함께 투숙해 있던 피해자에게 내연관계를 청산하고 헤어지자고 하였으나 피해자가 이를 거부하며 자신의 손목을 칼로 그어 자살을 기도하는 등 극도로 예민한 상태로 괴로움을 호소하면서 당시 피고인이 소지하고 있던 필로폰 약 1.6g을 모두 먹어 버리겠다며 전부 달라고 하였는데, 필로폰을 상습적으로 취급해 온 피고인으로서 필로폰 약 1.6g 정도면 이를 한꺼번에 투약할 경우 사람이 사망에 이를 수 있다는 사실을 익히 알고 있었음에도 피해자가 피고인의 바지 주머니에서 위 필로폰 1.6g을 가져가도록 방치함으로써 피해자가 이를 물에 타서 전부 복용한 후 약물 과다 복용으로 밤새 잠을 못 이룬 채 자신의 가슴을 두드리며 고통을 호소하고, 같은 날 09:30경에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 이르렀는바, 이러한 경우 피고인으로서 자신에게서 치사량의 필로폰을 가져간 피해자가 이를 과다 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었고, 따라서 피해자가 고통으로 신음할 때 지체 없이 피해자의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 부조의무가 있음에도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 피해자를 그대로 방치하여 유기하고 이로 인하여 피해자로 하여금 같은 날 11:30경 같은 장소에서 급성약물중독으로 사망에 이르게 하였다.

나. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 원심의 판단

이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 피고인이 인식하였는지에 관하여 원심은, 피고인이 경찰에서는 3차례의 피의자신문과정에서 일관되게 "공소외 1이 판시 필로폰을 투약할 것임을 알면서도 자신이 직접 공소외 1에게 필로폰이 들어있는 비닐봉지를 주었다.

"고 진술하였고, 검찰에서는 "공소외 1이 물병에 필로폰을 한꺼번에 섞는 것을 보았고 물병을 흔드는 소리와 공소외 1이 '마셨다'고 말하는 것을 들었다.

"고 진술하였으며(서울중앙지방법검찰청 2006형제87373호 수사기록 281쪽), 나아가, 공소외 1은 피고인으로부터 1주일 동안 5차례에 걸쳐 필로폰을 투약받았고, 피고인에게서 내연관계를 청산하자는 말을 듣고 자살을 기도하는 등 정서적으로 매우 예민하고 불안정한 상태에 있었는데, 피고인으로서 이러한 사정을 알고 있었으면서도 공소외 1이 필로폰을 가져가도록 방치하였고, 그 후 공소외 1이 밤새 잠을 못 이룬 채 가슴을 두드리며 고통을 호소하고 아침에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 처하였음을 목격까지 하였다는 것인바, 사정이 이와 같다면 공소외 1이 피고인에게서 가져간 필로폰을 복용하지 않았음에도 단지 피고인의 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것으로 착각하였다는 피고인의 변명은 도저히 납득할 수 없고, 오히려 상당기간 필로폰 투약 경험이 있는 피고인으로서 공소외 1이 가져간 치사량에 해당하는 필로폰을 모두 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다고 판단하였다.

(2) 피고인의 변소

피고인은 경찰 이래 당심에 이르기까지 일관되게, 가슴을 두드리고, 아침에 방바닥에 앉아 흐느끼고, 욕실에 큰대자로 누워있는 등 이 사건 당일 공소외 1이 통상적이지 않은 행동을 하는 것을 보기는 하였지만, 당시 피고인은 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것이라고 생각했었지 공소외 1이 다량의 필로폰을 실제로 모두 복용하여 부조가 필요한 상태였다는 점을 인식하지 못하였다고 변소한다(다만 피고인은 경찰에서 자신이 공소외 1에게 필로폰을 건네주었고 공소외 1이 이를 복용하는 것을 보았다는 취지의 진술을 하였으나, 검찰에서부터는 이를 부인하고 있다

.

).

(3) 당심의 판단

(가) 인정사실

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 따르면 다음 각 사실이 인정된다.

- 1) 피고인은 2002. 3.경 공소외 1을 알게 되어 3, 4개월 후부터는 부산 수영구 광안동 소재 공소외 1의 집에서 동거를 시작하였고, 2005. 5.경 피고인이 서울로 올라온 이후에는 공소외 1이 한 달에 절반 정도는 서울로 올라와 관악구 봉천동 소재 피고인의 원룸에서 함께 지내는 등의 생활을 하였다.
- 2) 피고인은 2003. 초순경부터 몇 차례 공소외 1 몰래 음료수에 필로폰을 타서 마시게 하여 공소외 1로 하여금 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였고, 그 후에는 공소외 1의 손등 혈관 등에 필로폰을 주사해 주었다.
- 3) 피고인은 2006. 7. 25. 부산에서 올라온 공소외 1과 여관에 투숙하면서 필로폰을 함께 투약하였는데, 같은 달 27. 21:00경 평소 친분이 있던 공소외 2와 만나 술을 마신 다음 공소외 1이 있는 여관에 돌아와 공소외 2가 공소외 1에게 "피고인은 일을 해야 할 사람이니 당분간 떨어져 지내는 것이 좋겠다.

"고 말하였고, 피고인도 공소외 1에게 "부산에 내려가서 당분간 서울에 오지 말라."고 말하고 여관에서 나갔다.

- 4) 이에 공소외 1은 2006. 7. 28. 오후 면도칼로 손목을 그어 자살을 기도하였고, 이를 알게 된 피고인은 다시 공소외 1을 찾아가서, 약국에서 밴드, 연고, 항생제를 사서 공소외 1의 상처를 치료해 주기도 하고, 염색약을 사서 공소외

1의 머리를 염색해 주기도 했으며, 피부마사지 팩을 사서 피부마사지를 해주기도 했고, 함께 필로폰을 투약하기도 하면서 이 사건이 발생할 때까지 함께 지냈다.

- 5) 피고인은 2006. 7. 31. 23:00경 외출하려고 하다가 공소외 1의 만류로 외출을 포기하였는데, 공소외 1은 피고인에게 "자지 말고 같이 놀자, 내가 짐승 같으냐, 걸레 같으냐"고 하면서 "괴롭다, 필로폰을 주사해 달라."고 말하였고, 피고인이 자신의 요청을 계속 거절하자 2006. 8. 1. 01:00경 피고인의 바지주머니에 있던 필로폰 1.6g을 꺼내어 간 뒤 전부 또는 상당량을 물병(500ml)에 넣어 흔든 다음 모두 마셨다.
- 6) 그 후 공소외 1은 피고인이 누워 있는 침대로 올라와 성교를 요구하기도 하고, 방안을 왔다 갔다 하면서 잠을 청하는 피고인의 몸에 손을 대거나 답답하다면서 가슴을 두드리기도 하였다.
- 7) 피고인은 그날 09:30경 공소외 1이 방바닥에 앉아 침대에 기대어 크게 딸꾹질을 하면서 흐느끼는 소리를 내는 것을 보고, 공소외 1에게 필로폰을 복용하였으면 차라리 자수하자면서 09:35경 휴대폰으로 112 상황실에 전화를 하여 공소외 1의 얼굴에 휴대폰을 대 주었으나 공소외 1은 아무런 말을 하지 않고 전화를 끊었다.
- 8) 그 뒤 공소외 1이 욕실로 들어갔다가 2시간이 지나도 나오지 않자, 그 동안 컴퓨터 오락을 하고 있던 피고인은 욕실 문을 열어 공소외 1이 욕실 바닥에 한쪽 눈을 뜨고 큰대자로 누워 있는 것을 보았고, 그 뒤 1시간이 지나서 다시 욕실 문을 열어 공소외 1이 여전히 욕실 바닥에 누워 있는 것을 보고 다가가 호흡이 없음을 확인하였다.

(나) 판단

- 1) 위 인정사실에 의하면, 공소외 1이 가슴을 두드리고, 딸꾹질을 하면서 침대에 기대어 있고 흐느끼는 소리를 내거나 오랫동안 욕실에서 나오지 않고, 더군다나 욕실 바닥에 큰대자로 누워있는 등의 상황을 목격한 피고인으로서 공소외 1이 많은 양의 필로폰을 복용하여서 부조를 요하는 위험한 상태에 있다는 점을 인식하고 있지 않았나 하는 의심이 들기도 한다.
- 2) 그러나, 형사재판에서의 유죄 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도8965 판결 등 참조).

그런데, 위 인정사실과 기록에 따라 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고인이 공소외 1이 자살을 기도하였다는 소식을 듣고 그 안위를 걱정하여 다시 공소외 1이 있는 여관으로 돌아와 같이 지내면서, 상처를 치료해주고, 머리를 염색하여 주거나 피부마사지를 해주기도 한 점, 공소외 1이 사망한 뒤 피고인이 작성한 수첩(위 수사기록 119쪽 이하)에는 피고인이 공소외 1과 공소외 3의 사이를 의심하는 듯한 내용이 기재되어 있기는 하나, 위 수첩 기재는 피고인이 마약류에 취하여 환각상태에서 작성한 것이어서 그 기재를 그대로 믿을 수는 없고, 오히려, 피고인과 공소외 3의 검찰에서의 각 진술에 따르면 이는 사실이 아닐 가능성이 높은 점(위 수사기록 361쪽, 416쪽 이하), 오히려 위 수첩에는, 이 사건 당시 공소외 1의 통상적이지 않은 행위를 연극하는 것으로 생각하고 무심했던 자신을 탓하거나(위 수

사기록 129쪽), 공소외 1이 필로폰을 먹지 않은 것으로 보이는데 왜 죽었는지 모르겠다는 취지의 내용(위 수사기록 131쪽) 등이 기재되어 있는 점, 피고인이 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 인식하고서도 일부러 구조조치를 취하지 아니하여 공소외 1로 하여금 사망에 이르게 할 정도로 증오하고 있었던 것으로 보이지 않고, 그 밖에 위와 같은 범행을 저지를 만한 동기를 찾아보기 힘든 점, 이 사건에서 공소외 1이 필로폰을 물에 타 마신 후 보인 태도와 행동은 모두 피고인의 진술에 의존하여 인정되는 것인바, 만일 피고인이 유기치사죄의 죄책을 지지 않기 위하여 거짓진술을 하려고 마음먹었다면, 공소외 1이 필로폰 복용 뒤 보인 통상적이지 않은 행동이나 그에 대한 피고인의 의심받을 만한 태도들에 대하여 진술할 이유가 없는 점, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 위험한 상태에 있었음을 알고 있었다면, 112에 신고하여 공소외 1을 바꾸어 줄 이유가 없고, 이 점에 관하여는 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 한다고 여기고 이를 그만두게 할 목적으로 112에 전화했다는 취지의 피고인의 변명이 수궁이 가는 점 등에 비추어보면, 원심이 들고 있는 사정들을 감안하더라도, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하여 부조를 요하는 상태에 있다고 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심이 생기지 않을 정도로 확신하기에는 부족하다고 판단된다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

법리오해 주장에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, 판례와 학설에 따르면 유기치사죄의 주체는, 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자에 한정되지만, 민법 제826조 제1항에 의하면 부부 사이에는 상호 부양의무가 있고, 나아가 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 사람은 형법 제18조에 의하여 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있는데 이러한 의무는 위에서 말한 법률상 의무에 포함된다거나 혹은 보호의무의 근거가 되는 계약은 명시적 계약이 아니더라도 묵시적 의사가 추정될 수 있는 경우를 널리 포함하여야 한다는 견해도 유력하다고 전제한 다음, ① 피고인과 공소외 1이 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어와 사실혼에 유사한 관계가 형성되어 있었으므로, 민법이 정하고 있는 부부간의 상호 부양의무에 준하는 보호의무를 인정할 만하고, ② 피고인이 공소외 1에게 필로폰을 복용하도록 하여 마약중독으로 보이는 습성을 갖게 하였고, 이 사건 무렵에도 공소외 1에게 필로폰을 1주일 동안 5회나 투약한 상태에서 남은 필로폰 1.6g까지 공소외 1이 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치함으로써, 공소외 1로 하여금 급성약물중독으로 사망하게 된 원인을 제공하였으므로, 그렇다면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 제공한 피고인은 필로폰을 복용한 공소외 1이 고통으로 신음할 때 지체없이 공소외 1의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 법률상 보호의무를 부담한다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 먼저, 피고인과 공소외 1 사이에 민법 제826조 제1항이 정하고 있는 부부 사이의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 경우에 한하여 사실혼관계를 인정하여(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결 참조), 일정한 범위 안에서 법률상의 혼인에 준하는 권리의무관계를 인정할 수 있을 뿐이지, 이 사

건처럼 피고인과 공소외 1이 4년 여 동안 동거하기도 하면서 내연관계를 맺어왔다는 점만으로는 두 사람의 관계를 사실혼관계라고 보거나 부부간의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수는 없다고 판단된다.

(나) 다음으로, 피고인이 자기의 행위로 인하여 공소외 1에게 위험이 발생하는 원인을 야기했기 때문에 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 할 수 있는지에 관하여 보건대, ① 피고인이 예전에 공소외 1 몰래 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였다거나 이 사건 전에 공소외 1에게 필로폰을 투여하여 왔다는 점을 들어, 피고인이 이 사건 위험을 발생하는 원인을 야기했다고 할 수는 없고, ② 피고인이 이 사건 당일 공소외 1에게 치사량의 필로폰을 직접 복용시킨 점이 인정되지 않고, 단지 공소외 1이 피고인의 옷에서 필로폰을 꺼내가는 것을 피고인이 방치하였다는 점만 인정되는 마당에, 그 점을 들어 피고인이 공소외 1에게 이 사건 위험이 발생하는 원인을 야기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이므로, 피고인에게 위와 같은 작위의무가 있다고 할 수 없다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 원심 판시 유기치사죄 부분에 대한 이 사건 항소는 이유 있고, 원심은 위 유기치사죄 부분과 나머지 부분을 형법 제37조 전단 경합범의 관계로 보아 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 이 사건 당일 공소외 1이 하는 통상적이지 않은 행동을 피고인의 관심을 끌기 위한 것으로 생각하였을 뿐, 공소외 1이 치사량의 필로폰을 전부 복용하여서 부조가 필요한 상태에 있다는 점을 인식하지 못하였고, 나아가 공소외 1이 이로 인하여 사망에 이를 수 있다는 예견가능성이 없었는데도, 원심은 이들을 모두 인정하는 잘못을 저질렀다.

나. 법리오해(원심 판시 유기치사의 점)

피고인은 공소외 1과 내연관계에 있었을 뿐이고, 형법 제271조 제1항이 유기죄의 부조의무의 발생근거를 특별히 제한하고 있으므로 부작위범에 관한 형법 제18조를 원용하여 유기죄의 부조의무의 인정범위를 함부로 확장하여서는 아니 되는데도, 원심은 피고인과 공소외 1의 관계를 '사실혼에 유사한 관계'라고 보아 부부간의 상호 부양의무에 준하는 법률상 부조의무가 있다고 하고, 또, 공소외 1에게 필로폰 복용의 습성을 가지게 하고, 공소외 1이 이 사건 무렵 다량의 필로폰을 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치한 피고인은, 위험발생의 원인을 야기한 사람으로서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 하여 이를 근거로 피고인에게 법률상 부조의무를 인정하였는바, 이는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다.

다.

양형부당

여러 양형조건을 고려할 때, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 원심 판시 유기치사의 점에 대한 주장에 관한 판단

가. 이 사건 공소사실 중 유기치사의 점의 요지

피고인은, 피해자 공소외 1(여, 47세)과는 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어오던 중, 2006. 8. 1. 01:00경 서울 서초구 서초동 (지번 생략)○○○모텔 601호실에서, 그 무렵 함께 투숙해 있던 피해자에게 내연관계를 청산하고 헤어지자고 하였으나 피해자가 이를 거부하며 자신의 손목을 칼로 그어 자살을 기도하는 등 극도로 예민한 상태로 괴로움을 호소하면서 당시 피고인이 소지하고 있던 필로폰 약 1.6g을 모두 먹어 버리겠다며 전부 달라고 하였는데, 필로폰을 상습적으로 취급해 온 피고인으로서 필로폰 약 1.6g 정도면 이를 한꺼번에 투약할 경우 사람이 사망에 이를 수 있다는 사실을 익히 알고 있었음에도 피해자가 피고인의 바지 주머니에서 위 필로폰 1.6g을 가져가도록 방치함으로써 피해자가 이를 물에 타서 전부 복용한 후 약물 과다 복용으로 밤새 잠을 못 이룬 채 자신의 가슴을 두드리며 고통을 호소하고, 같은 날 09:30경에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 이르렀는바, 이러한 경우 피고인으로서 자신에게서 치사량의 필로폰을 가져간 피해자가 이를 과다 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었고, 따라서 피해자가 고통으로 신음할 때 지체 없이 피해자의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 부조의무가 있음에도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 피해자를 그대로 방치하여 유기하고 이로 인하여 피해자로 하여금 같은 날 11:30경 같은 장소에서 급성약물중독으로 사망에 이르게 하였다.

나. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 원심의 판단

이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 피고인이 인식하였는지에 관하여 원심은, 피고인이 경찰에 서는 3차례의 피의자신문과정에서 일관되게 "공소외 1이 판시 필로폰을 투약할 것임을 알면서도 자신이 직접 공소외 1에게 필로폰이 들어있는 비닐봉지를 주었다.

"고 진술하였고, 검찰에서는 " 공소외 1이 물병에 필로폰을 한꺼번에 섞는 것을 보았고 물병을 흔드는 소리와 공소외 1이 '마셨다'고 말하는 것을 들었다.

"고 진술하였으며(서울중앙지방법검찰청 2006형제87373호 수사기록 281쪽), 나아가, 공소외 1은 피고인으로부터 1주일 동안 5차례에 걸쳐 필로폰을 투약받았고, 피고인에게서 내연관계를 청산하자는 말을 듣고 자살을 기도하는 등 정서적으로 매우 예민하고 불안정한 상태에 있었는데, 피고인으로서 이러한 사정을 알고 있었으면서도 공소외 1이 필로폰을 가져가도록 방치하였고, 그 후 공소외 1이 밤새 잠을 못 이룬 채 가슴을 두드리며 고통을 호소하고 아침에는 방바닥에 앉은 상태에서도 목을 가누지 못할 정도의 상황에 처하였음을 목격까지 하였다는 것인바, 사정이 이와 같다면 공소외 1이 피고인에게서 가져간 필로폰을 복용하지 않았음에도 단지 피고인의 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것으로 착각하였다는 피고인의 변명은 도저히 납득할 수 없고, 오히려 상당기간 필로폰 투약 경험이 있는 피고인으로서 공소외 1이 가져간 치사량에 해당하는 필로폰을 모두 복용하였을 가능성을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다고 판단하였다.

(2) 피고인의 변소

피고인은 경찰 이래 당심에 이르기까지 일관되게, 가슴을 두드리고, 아침에 방바닥에 앉아 흐느끼고, 욕실에 큰대자로 누워있는 등 이 사건 당일 공소외 1이 통상적이지 않은 행동을 하는 것을 보기는 하였지만, 당시 피고인은 공소외 1이 관심을 끌기 위하여 연극을 하는 것이라고 생각했었지 공소외 1이 다량의 필로폰을 실제로 모두 복용하여 부조가 필요한 상태였다는 점을 인식하지 못하였다고 변소한다(다만 피고인은 경찰에서 자신이 공소외 1에게 필로폰을 건네주었고 공소외 1이 이를 복용하는 것을 보았다는 취지의 진술을 하였으나, 검찰에서부터는 이를 부인하고 있다).

(3) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 따르면 다음 각 사실이 인정된다.

- 1) 피고인은 2002. 3.경 공소외 1을 알게 되어 3, 4개월 후부터는 부산 수영구 광안동 소재 공소외 1의 집에서 동거를 시작하였고, 2005. 5.경 피고인이 서울로 올라온 이후에는 공소외 1이 한 달에 절반 정도는 서울로 올라와 관악구 봉천동 소재 피고인의 원룸에서 함께 지내는 등의 생활을 하였다.
- 2) 피고인은 2003. 초순경부터 몇 차례 공소외 1 몰래 음료수에 필로폰을 타서 마시게 하여 공소외 1로 하여금 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였고, 그 후에는 공소외 1의 손등 혈관 등에 필로폰을 주사해 주었다.
- 3) 피고인은 2006. 7. 25. 부산에서 올라온 공소외 1과 여관에 투숙하면서 필로폰을 함께 투약하였는데, 같은 달 27. 21:00경 평소 친분이 있던 공소외 2와 만나 술을 마신 다음 공소외 1이 있는 여관에 돌아와 공소외 2가 공소외 1에게 "피고인은 일을 해야 할 사람이니 당분간 떨어져 지내는 것이 좋겠다."
"고 말하였고, 피고인도 공소외 1에게 "부산에 내려가서 당분간 서울에 오지 말라."고 말하고 여관에서 나갔다.
- 4) 이에 공소외 1은 2006. 7. 28. 오후 면도칼로 손목을 그어 자살을 기도하였고, 이를 알게 된 피고인은 다시 공소외 1을 찾아가서, 약국에서 밴드, 연고, 항생제를 사서 공소외 1의 상처를 치료해 주기도 하고, 염색약을 사서 공소외 1의 머리를 염색해 주기도 했으며, 피부마사지 팩을 사서 피부마사지를 해주기도 했고, 함께 필로폰을 투약하기도 하면서 이 사건이 발생할 때까지 함께 지냈다.
- 5) 피고인은 2006. 7. 31. 23:00경 외출하려고 하다가 공소외 1의 만류로 외출을 포기하였는데, 공소외 1은 피고인에게 "자지 말고 같이 놀자, 내가 짐승 같으냐, 걸레 같으냐"고 하면서 "괴롭다, 필로폰을 주사해 달라."고 말하였고, 피고인이 자신의 요청을 계속 거절하자 2006. 8. 1. 01:00경 피고인의 바지주머니에 있던 필로폰 1.6g을 꺼내어 간 뒤 전부 또는 상당량을 물병(500ml)에 넣어 흔든 다음 모두 마셨다.

- 6) 그 후 공소외 1은 피고인이 누워 있는 침대로 올라와 성교를 요구하기도 하고, 방안을 왔다 갔다 하면서 잠을 청하는 피고인의 몸에 손을 대거나 답답하다면서 가슴을 두드리기도 하였다.
- 7) 피고인은 그날 09:30경 공소외 1이 방바닥에 앉아 침대에 기대어 크게 딸꾹질을 하면서 흐느끼는 소리를 내는 것을 보고, 공소외 1에게 필로폰을 복용하였으면 차라리 자수하자면서 09:35경 휴대폰으로 112 상황실에 전화를 하여 공소외 1의 얼굴에 휴대폰을 대 주었으나 공소외 1은 아무런 말을 하지 않고 전화를 끊었다.
- 8) 그 뒤 공소외 1이 욕실로 들어갔다가 2시간이 지나도 나오지 않자, 그 동안 컴퓨터 오락을 하고 있던 피고인은 욕실 문을 열어서 공소외 1이 욕실 바닥에 한쪽 눈을 뜨고 큰대자로 누워 있는 것을 보았고, 그 뒤 1시간이 지나서 다시 욕실 문을 열어서 공소외 1이 여전히 욕실 바닥에 누워 있는 것을 보고 다가가 호흡이 없음을 확인하였다.

(나) 판단

- 1) 위 인정사실에 의하면, 공소외 1이 가슴을 두드리고, 딸꾹질을 하면서 침대에 기대어 있고 흐느끼는 소리를 내거나 오랫동안 욕실에서 나오지 않고, 더군다나 욕실 바닥에 큰대자로 누워있는 등의 상황을 목격한 피고인으로서 공소외 1이 많은 양의 필로폰을 복용하여서 부조를 요하는 위험한 상태에 있다는 점을 인식하고 있지 않았나 하는 의심이 들기도 한다.

- 2) 그러나, 형사재판에서의 유죄 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도8965 판결 등 참조).

그런데, 위 인정사실과 기록에 따라 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고인이 공소외 1이 자살을 기도하였다는 소식을 듣고 그 안위를 걱정하여 다시 공소외 1이 있는 여관으로 돌아와 같이 지내면서, 상처를 치료해주고, 머리를 염색하여 주거나 피부마사지를 해주기도 한 점, 공소외 1이 사망한 뒤 피고인이 작성한 수첩(위 수사기록 119쪽 이하)에는 피고인이 공소외 1과 공소외 3의 사이를 의심하는 듯한 내용이 기재되어 있기는 하나, 위 수첩 기재는 피고인이 마약류에 취하여 환각상태에서 작성한 것이어서 그 기재를 그대로 믿을 수는 없고, 오히려, 피고인과 공소외 3의 검찰에서의 각 진술에 따르면 이는 사실이 아닐 가능성이 높은 점(위 수사기록 361쪽, 416쪽 이하), 오히려 위 수첩에는, 이 사건 당시 공소외 1의 통상적이지 않은 행위를 연극하는 것으로 생각하고 무심했던 자신을 탓하거나(위 수사기록 129쪽), 공소외 1이 필로폰을 먹지 않은 것으로 보이는데 왜 죽었는지 모르겠다는 취지의 내용(위 수사기록 131쪽) 등이 기재되어 있는 점, 피고인이 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하였음을 인식하고서도 일부러 구조조치를 취하지 아니하여 공소외 1로 하여금 사망에 이르게 할 정도로 증오하고 있었던 것으로 보이지 않고, 그 밖에 위와 같은 범행을 저지를 만한 동기를 찾아보기 힘든 점, 이 사건에서 공소외 1이 필로폰을 물에 타 마신 후 보인 태도와 행동은 모두 피고인의 진술에 의존하여 인정되는 것인바, 만일 피고인이 유기치사죄의 죄책을 지지 않기 위하여 거짓진술을 하려고 마음먹었다면, 공소외 1이 필로폰 복용 뒤 보인 통상적이지 않은 행동이나 그에 대한 피고인의 의심받을 만한 태도들에 대하여 진술할 이유가 없는 점, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 위험한 상태에 있었음을 알고 있었다면, 112에 신고하여 공소외 1을 바꾸어 줄 이유가 없고, 이 점에 관하여는 공소외 1이 관심을 끌기

위하여 연극을 한다고 여기고 이를 그만두게 할 목적으로 112에 전화했다는 취지의 피고인의 변명이 수긍이 가는 점 등에 비추어보면, 원심이 들고 있는 사정들을 감안하더라도, 피고인이 이 사건 당시 공소외 1이 치사량의 필로폰을 복용하여 부조를 요하는 상태에 있다고 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심이 생기지 않을 정도로 확신하기에는 부족하다고 판단된다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

법리오해 주장에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, 판례와 학설에 따르면 유기치사죄의 주체는, 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자에 한정되지만, 민법 제826조 제1항에 의하면 부부 사이에는 상호 부양의무가 있고, 나아가 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 사람은 형법 제18조에 의하여 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있는데 이러한 의무는 위에서 말한 법률상 의무에 포함된다거나 혹은 보호의무의 근거가 되는 계약은 명시적 계약이 아니더라도 묵시적 의사가 추정될 수 있는 경우를 널리 포함하여야 한다는 견해도 유력하다고 전제한 다음, ① 피고인과 공소외 1이 4년여 동안 동거하면서 내연관계를 맺어와 사실혼에 유사한 관계가 형성되어 있었으므로, 민법이 정하고 있는 부부간의 상호 부양의무에 준하는 보호의무를 인정할 만하고, ② 피고인이 공소외 1에게 필로폰을 복용하도록 하여 마약중독으로 보이는 습성을 갖게 하였고, 이 사건 무렵에도 공소외 1에게 필로폰을 1주일 동안 5회나 투약한 상태에서 남은 필로폰 1.6g까지 공소외 1이 가져가는 것을 알면서도 그대로 방치함으로써, 공소외 1로 하여금 급성약물중독으로 사망하게 된 원인을 제공하였으므로, 그렇다면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 제공한 피고인은 필로폰을 복용한 공소외 1이 고통으로 신음할 때 지체없이 공소외 1의 상태를 확인하고 의료기관에 후송하여 치료를 받게 하여야 할 법률상 보호의무를 부담한다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 먼저, 피고인과 공소외 1 사이에 민법 제826조 제1항이 정하고 있는 부부 사이의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 경우에 한하여 사실혼관계를 인정하여(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결 참조), 일정한 범위 안에서 법률상의 혼인에 준하는 권리의무관계를 인정할 수 있을 뿐이지, 이 사건처럼 피고인과 공소외 1이 4년 여 동안 동거하기도 하면서 내연관계를 맺어왔다는 점만으로는 두 사람의 관계를 사실혼관계라고 보거나 부부간의 상호 부양의무에 준하는 의무를 인정할 수는 없다고 판단된다.

(나) 다음으로, 피고인이 자기의 행위로 인하여 공소외 1에게 위험이 발생하는 원인을 야기했기 때문에 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 방지할 작위의무가 있다고 할 수 있는지에 관하여 보건대, ① 피고인이 예전에 공소외 1 몰래 필로폰 복용의 습성이 생기게 하였다거나 이 사건 전에 공소외 1에게 필로폰을 투여하여 왔다는 점을 들어, 피고인이 이 사건 위험을 발생하는 원인을 야기했다고 할 수는 없고, ② 피고인이 이 사건 당일 공소외 1에게 치사량의 필로폰을 직접 복용시킨 점이 인정되지 않고, 단지 공소외 1이 피고인의 옷에서 필로폰을 꺼내가는 것을 피고인이 방

치하였다는 점만 인정되는 마당에, 그 점을 들어 피고인이 공소외 1에게 이 사건 위험이 발생하는 원인을 야기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이므로, 피고인에게 위와 같은 작위의무가 있다고 할 수 없다.

따라서, 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 원심 판시 유기치사죄 부분에 대한 이 사건 항소는 이유 있고, 원심은 위 유기치사죄 부분과 나머지 부분을 형법 제37조 전단 경합범의 관계로 보아 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.