

마약류관리에관한법률위반(향정)

[서울고법 2018. 11. 27. 2018노1617]



【판시사항】

- [1] 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장청구서에 그 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써 피의자가 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 실시된 피의자신문 절차의 위법 여부(적극) 및 이러한 피의자신문의 결과 이루어진 구속의 위법 여부(적극) / 이때 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여한 경우, 위와 같은 피의자신문이나 그에 따른 구속의 위법 여부(적극)
- [2] 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정) 혐의로 체포된 피고인에 대한 검사의 피의자신문 절차에 피고인이 선임한 사선변호인이 참여하였는데, 검사가 피고인에 대한 구속영장을 청구하면서 구속영장청구서의 '변호인'란에 사선변호인을 기재하지 아니함으로써 사선변호인에게 피의자신문의 기일과 장소가 통지되지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 참여 아래 피의자신문이 이루어진 다음 구속영장이 발부된 사안에서, 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법하고, 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서는 위법수집증거에 해당하여 증거로 쓸 수 없다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 헌법 제12조 제4항, 형사소송법 제30조 제1항, 제201조의2 제3항, 제4항, 형사소송규칙 제93조 제1항, 제95조 제2호, 제95조의2 제1호, 제96조의16 제4항, 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항의 문언과 체계, 입법 취지 및 규범 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사는 구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자신문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다. 이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자신문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자신문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있다. 이러한 피의자신문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항에서 정한 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다. 이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.
- [2] 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정) 혐의로 체포된 피고인에 대한 검사의 피의자신문 절차에 피고인이 선임한 사선변호인이 참여하였는데, 검사가 피고인에 대한 구속영장을 청구하면서 구속영장청구서의 '변호인'란에 사선변호인을 기재하지 아니함으로써 사선변호인에게 피의자신문의 기일과 장소가 통지되지 않은 채 법원이 직권으로

선정한 국선변호인의 참여 아래 피의자신문이 이루어진 다음 구속영장이 발부된 사안이다. 피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 형사소송규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 구속영장청구서에 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않은 점, 이로 인해 형사소송법 제201조의2 제3항과 달리 피의자신문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않음으로써 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문에 임하였으므로, 그와 같은 피의자신문 절차에는 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있는 점, 나아가 위 변호인도 피의자신문 기일 등을 통지받지 못함으로써 형사소송규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항에서 정한 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 형사소송법 제201조의2 제4항과 같이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당한 점 등을 종합하면, 이와 같이 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법하고, 당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도 피의자신문이나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없으므로, 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서는 형사소송법 제308조의2에서 정한 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하여 증거로 쓸 수 없다는 이유로, 이와 달리 판단하여 위 조서를 유죄의 증거로 거시한 제1심의 조치에 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례이다.

【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제3항, 제4항, 형사소송법 제30조 제1항, 제201조의2 제1항, 제3항, 제4항, 제8항, 형사소송규칙 제93조 제1항, 제95조 제2호, 제95조의2 제1호, 제96조의16 제4항, 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항, 제2항
- [2] 헌법 제12조 제3항, 제4항, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 (나)목, 제4조 제1항 제1호, 제58조 제1항 제6호, 형사소송법 제201조의2 제1항, 제3항, 제4항, 제8항, 제308조의2, 형사소송규칙 제95조 제2호, 제95조의2 제1호, 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항

【전문】

【피 고 인】 피고인(영문성명 1 생략)

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 최수봉 외 1인

【변 호 인】 변호사 조일권

【원심판결】 서울남부지법 2018. 5. 24. 선고 2018고합143 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 2년 6월에 처한다.

압수된 필로폰 약 8.37g(증 제1호), 과자 36봉지(증 제2호), 국제우편물 박스 1개(증 제3호)를 각 몰수한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 법리오해 주장

가) 이 사건 공소사실은 피고인이 필로폰을 언제, 어디에서, 어떻게 '구매' 내지 '구입'하였는지에 대하여 기재하지 않았다.

그런데 이 사건 적용법조가 정하는 범죄행위인 '수입'은 마약류를 '구입'하여 국내로 반입하는 것을 그 구성요건으로 한다.

따라서 이 사건 공소사실은 필로폰 수입(輸入) 범죄의 중요 구성요건에 대해 그 범죄사실을 특정하지 않은 것으로서 위법하다.

나) 헌법 제12조 제4항은 사선번호인의 조력을 받을 권리를 우선하고 보조적·예외적으로 국선번호인의 조력을 받을 권리를 규정한다.

그럼에도 검찰은 검사의 피의자신문에 참여했던 사선번호인에게 구속영장 청구에 따른 피의자신문 일정을 고지하지 않았다.

이에 따라 피고인은 사선번호인의 참여 없이 국선번호인만 참여한 가운데 이루어진 피의자신문 결과 구속되었다.

이와 같은 구속은 위법하다.

2) 사실오인 주장

검사 제출 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적 의심 없이 증명된 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3) 양형부당 주장

피고인에게 선고된 형량(징역 3년 및 몰수)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 피고인에게 선고한 위 형량은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 공소장변경에 따른 직권 판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

검사는 이 법원에 이르러 다음과 같이 공소장을 변경하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 4행 '...숨겨 우편물 박스에 넣은 다음'과 '태국발 인천행 타이항공 항공기편에...' 사이에, "수취인은 가상의 인물인 '○○ ○○○○'으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 '서울 영등포구 (주소 생략)'로 각 기재한 다음"을 추가한다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 5행 '2018. 9. 8.'을 '2017. 9. 8.'로 고친다.

이 법원은 2018. 9. 4. 제2회 공판기일에서 위와 같은 공소장변경을 허가하였다.

이에 따라 그 심판대상이 변경된 이상, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권 파기사유가 있음에도 불구하고 제1의 가. 1), 2)항 기재와 같은 피고인의 법리오해·사실오인 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 된다.

따라서 이에 대하여 아래에서 먼저 살펴본다.

아래 제3항은 제1의 가. 1) 가)항 기재와 같은 공소사실 특정과 관련된 법리오해 주장, 제4항은 제1의 가. 1) 나)항 기재와 같은 변호인 조력권 침해와 관련된 법리오해 주장, 제5항은 제1의 가. 2)항 기재와 같은 사실오인 주장에 각 대응하는 판단에 해당한다.

3. 공소사실 특정과 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 변경된 공소사실과 변호인의 주장

1) 위와 같이 변경된 이 사건 공소사실은 다음과 같다.

“피고인은 중국 국적의 외국인으로, 마약류취급자가 아니므로 향정신성의약품인 메트암페타민(이하 ‘필로폰’이라 한다)을 취급해서는 아니 된다.

피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고, 위 성명불상의 마약 판매책은 2017. 9. 초순경 태국 이하 불상지에서 필로폰 약 8.37g을 비닐지퍼백에 넣고 과자 봉지 사이에 숨겨 우편물 박스에 넣은 다음 수취인은 가상의 인물인 ‘○○ ○○○○’으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 ‘서울 영등포구 (주소 생략)’로 각 기재한 다음 태국발 인천행 타이항공 항공기편에 국제특급우편 형식으로 발송하여 2017. 9. 8. 09:09경 위 필로폰 약 8.37g을 인천공항에 도착하게 하였다.

이로써 피고인은 필로폰 약 8.37g을 수입하였다.

”

2) 그중 “피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고”라는 부분, 즉 ‘구입’의 경위가 제대로 기재되어 있지 않다는 것이 변호인의 주장인 것으로 보인다.

나. 판단

이 사건의 적용법조인 마약류 관리에 관한 법률(이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제58조 제1항 제6호는 “제4조 제1항을 위반하여 제2조 제3호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자”를 처벌하고, 같은 법 제4조 제1항은 “마약류취급자가 아니면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

“라고 하면서(본문), 필로폰 등의 마약(향정신성의약품)을 “소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위”를 그 구성요건으로 규정하고 있다.

구 향정신성의약품관리법(현재의 마약류관리법에 준한다)이 정한 향정신성의약품의 ‘수입’은 그 목적이나 의도에 관계없이 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토 내로 양륙하는 등으로 반입하는 행위를 뜻한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결 등 참조). 여기서 ‘수입’이라 함은 향정신성의약품을 외국 등의 지역으로부터 운반하여 그것을 우리나라의 영토 내로 반입할 때까지의 모든 행위를 가리키는 것은 아니고, 그 최종단계인 영토 내의 반입행위만을 가리키는 것으로 해석된다.

따라서 행위자가 해당 마약류를 국외에서 유상으로 ‘구매’ 또는 ‘구입’하지 않았더라도, 그 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토에 반입하는 행위를 한 이상 ‘수입’의 구성요건은 충족된다고 보아야 한다.

마약류관리법이 마약·향정신성의약품 등의 오용·남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조)는 입법 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

비록 수입(輸入)의 사전적 의미가 '다른 나라로부터 상품이나 기술 따위를 국내로 사들임'이라고 하더라도, 통상적인 상품·기술 등과 달리 마약이나 향정신성의약품을 '사들이는' 행위 자체가 절대적으로 불법화되어 있다는 점 등을 고려하면, 위와 같은 사전적 의미를 그대로 따를 수는 없다.

한편 마약류관리법이 정하는 또다른 구성요건인 '운반'은 마약류를 장소적으로 이전하는 행위를 뜻하는 것으로, 운반이 유상인가 무상인가는 그 성립에 영향이 없다.

이와 같이 '수입'이라는 행위의 본질은 어디까지나 '영토 내의 반입행위'라고 해석되는 한편, 이 사건 공소사실은 '구입'의 상대방(태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자), '구입'의 대상(필로폰 약 8.37g), '구입'의 시기(2017. 9.경)가 가능한 범위 내에서 특정되어 있다.

따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 일시, 장소, 방법의 기재를 필요로 한 정도에 반하지 않거나, 위와 같은 세 가지 요소의 개괄적 표시가 부득이한 경우에 해당한다.

그러므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제327조 제2호가 정하는 '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 공소사실이 특정되지 않아 공소기각 사유에 해당한다는 취지인 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4. 변호인 조력권 침해와 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

변호인은 원심에서도 구속영장 청구에 따른 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 피고인의 사선변호인에게 피의자신문의 사실 및 그 일시·장소를 통지하는 책임은 기본적으로 법원에 있기는 하나, 법원으로서의 사선변호인 선임 사실을 알지 못한 상태에서 피의자신문에 앞서 피고인에게 국선변호인을 선정하였고 그 변호인의 참여하에 심문이 이루어진 이상 단지 사선변호인이 참석하지 못하였다는 사정만으로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하여, 변호인의 위 주장을 배척하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 없다.

1) 인정되는 소송법적 사실관계

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2018. 3. 26. 18:04 이미 발부되었던 체포영장에 기하여 서울남부지방법검찰청 수사관에게 체포되었다.

② 다음 날인 2018. 3. 27. 10:00부터 15:15까지 피고인에 대한 검사의 피의자신문이 있었다.

피고인이 선임한 변호인인 공소외 1 변호사는 2018. 3. 27. 10:00경 변호인선임계를 검찰에 제출하고 위 피의자신문 절차에 참여하였다.

③ 검사는 2018. 3. 27. 19:05경 피고인에 대한 구속영장을 서울남부지방법원 판사에게 청구하였다.

그런데 그 구속영장청구서(서울남부지방법원 제2018-370호)의 '변호인'란에는 아무런 기재가 없다.

④ 2018. 3. 28. 10:30 서울남부지방법원 판사는 피고인에 대한 구속영장 청구를 심사하기 위하여 피의자심문을 하였다. 당시 변호인으로서는, 앞서 본 공소외 1 변호사가 아니라 국선변호인인 공소외 2 변호사가 참여하였다(피의자심문 도중 피고인이 중국 영사관에 체포와 구속영장 청구사실을 통지하고 영사접견 기회를 달라고 희망하여, 그 절차를 위해 휴정하였다가 2018. 3. 28. 15:00 속개되었는데, 계속하여 국선변호인이 참여하였다).

⑤ 위와 같은 피의자심문 결과, 피고인은 2018. 3. 28. 21:05경 서울남부지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의해 구속되었다.

⑥ 피고인은 2018. 10. 25. 이 법원 제3회 공판기일에서, 피의자심문 직전에 면담한 변호인은 자신이 선임한 변호사가 아니었는데, 외국인인 자기는 절차를 잘 몰라서 (원래) 절차를 그렇게 하는 줄 알고 사선변호인의 선임 사실을 말하지 않았다는 취지로 진술하였다.

위 ④ 내지 ⑥과 같은 사실관계를 종합하면, 구속영장 청구 당시에 피고인이 선임한 변호인의 존재가 구속영장청구서에 기재되지 않은 결과, 구속영장 청구를 받은 법원으로서 피고인에게 달리 선임된 변호인이 없다고 생각하여 직권으로 국선변호인을 선정하였고, 그와 같이 선정된 국선변호인의 참여 아래 피의자심문 절차가 이루어졌던 것으로 보인다.

2) 관계 법령

헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

"라고 정하면서, 그 단서에서 "다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

"라고 규정하고 있다.

한편 형사소송법(이하 '법'이라고만 한다) 제30조 제1항은 "피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

"라고 정한다.

그리고 법 제201조의2 제3항은, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구받은 판사는 즉시 "검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

"라고, 같은 조 제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

"라고 각 규정한다.

나아가 형사소송규칙(이하 '규칙'이라고만 한다)에 따르면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구는 반드시 서면, 즉 구속영장 청구서에 의하여야 한다(규칙 제93조 제1항). 그리고 구속영장의 청구서에는, "피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명"을 기재하여야 한다(규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호). 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의20 제1항). 피의자심문에 참여할 변호인은 원칙적으로, 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(규칙 제96조의21 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의16 제4항).

3) 이 사건에 적용되는 법리와 그 이유

위와 같은 관계 법령의 문언과 그 체계, 입법 취지 및 규범의 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사로서는

구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자신문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 2)항 기재 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자신문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자신문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있는 것이 된다. 이러한 피의자신문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항이 정하는 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다고 봄이 마땅하다.

이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그 이유는 아래 가)~바)항과 같다.

가) 변호인 조력권의 헌법상 의미

헌법 제12조 제4항 본문이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다'라고 규정한 것은, 기본적으로 체포·구금된 피의자·피고인이 사선변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장한 것으로 해석된다.

변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인을 선임하는 권리이다.

한편 같은 항 단서에서는 '다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

'라고 정함으로써 이와 별도로 국선변호인 제도의 헌법적 근거를 마련하고 있다.

그러므로 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 헌법 규정의 문언과 그 체계, 의미 등을 살펴보면, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령(本領)은 피의자(피고인) 본인이 자신의 의사에 기하여 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리, 즉 사선변호인의 조력을 받을 권리라고 봄이 타당하다.

그러므로 체포된 피의자가 스스로 선임한 변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 되었다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 된다.

피의자 등에게 변호인 선임의 권리를 규정한 법 제30조 제1항은, 위와 같이 사선변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 형사소송법 차원에서 다시 확인하거나 이를 구체화한 것으로 보아야 한다.

그 밖에 체포된 피의자가 변호사를 지정(지명)하여 교도소장 등에게 그 선임을 의뢰하는 경우 교도소장 등이 지체 없이 해당 변호사에게 그 취지를 통지하도록 한 법 제200조의6, 제90조 역시, 신체의 자유가 제한되어 체포 상태에 있는 피의자가 스스로 자신의 변호인을 선임하려는 시도에 협조하려는 데 그 입법 취지가 있다.

나) 국선번호의 의미와 변호인 조력권

국선번호제도는 변호인의 조력을 받기를 원하지만 경제적인 이유 등으로 조력을 받을 수 없는 사람을 위하여 마련된 제도로써 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 기능하도록 한다.

헌법이나 형사소송법이 정하는 국선번호의 요건에 해당하여 국선번호인이 선정되었다면, 그와 같은 국선번호인으로부터 법적 조력을 받을 권리나 국선번호인이 그 변호를 위해 가지는 절차적 권리는 사선번호인이 선임된 경우와 다를 것이 없다.

그런데 국선번호에 대해서는, 위 헌법 조항의 문언 자체에서도 '다만 변호인을 스스로 구할 수 없을 때' 비로소 국선번호인을 붙인다는 취지로 정하고 있다.

위 조항 단서는 본문과 달리 국선번호인으로부터 조력을 받을 대상자를 '형사피고인'으로 한정하고 '법률이 정하는 바에 따라' 국선번호인을 선정한다는 취지로 규정하고 있기도 하다.

따라서 형사피고인에 대한 국선번호는 헌법상의 기본권인 반면, 형사피의자에 대한 국선번호는 법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항이 정하는 바에 따라 피의자가 체포·구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상 권리로서, 헌법에 의해 당연히 보장·파생되는 헌법상 권리라고 볼 수는 없다.

그러므로 헌법상 보장되는 기본권인 사선번호인의 조력을 받을 권리를 침해·박탈당한 체포 피의자에게, 형사소송법의 차원에서 규정된 국선번호가 제공되었다고 하여 위와 같은 헌법적 기본권의 침해가 정당화된거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

더구나 사선번호인을 선임한 피의자는 특별한 사정이 없는 이상헌법 제12조 제4항 단서가 정하는 '스스로 변호인을 구할 수 없을 때', 또는 법 제201조의2 제8항이 정하는 '변호인이 없는 때'라는 국선번호인의 선정 요건에 해당하지 않는다.

그런데 이미 선임된 사선번호인이 있음에도 불구하고 그 변호인에게 심문기일·장소를 통지하지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선번호인이 피의자심문에 참여하였다면, 형사소송법 자체의 해석론에 의하더라도 위와 같은 피의자심문 절차가 적법하다고 볼 수 없다.

다) 피의자심문 절차에서 사선번호인 조력권이 가지는 중요성

수사기관의 구속은, 피의자의 신병을 강제로 확보한 상태에서 피의자신문의 방식으로 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하기 위한 대인적 강제수사의 일종이다.

다만 이는 헌법상 기본권인 신체의 자유에 대하여 중대한 제한을 가하는 것이기 때문에, 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니"한다거나(제12조 제1항), "구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

"(제12조 제3항)라는 등 구속에 관해 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그와 같은 헌법의 정신을 실질적으로 구현하기 위해 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 현행 법 제201조의2 제1항 본문은 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.

"라고 정함으로써 전면적·필요적인 피의자심문 절차, 즉 수사기관으로부터 독립된 법관에 의한 영장실질심사를 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 체포 상태에서 구속영장이 청구된 피의자에게는, 통상 여러 단계로 이루어지는 각종 형사사법절차 중 다른 어떤 절차에 비하더라도(경우에 따라서는 오히려 공소의 제기 이후 이루어지는 공판절차보다도), 위와 같은 피의자 심문 단계가 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때라고 보아야 한다.

앞서 본 대로 형사소송규칙에서 변호인이 피의자심문 시작 전에 피의자와 접견하거나 구속영장청구서 등을 열람할 수 있는 권리를 정함과 아울러 피의자가 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다는 취지를 명시한 것은, 변호인의 활동을 충분히 보장함으로써 피의자에게 가장 중요한 의미를 가지는 피의자심문 단계에서 실질적인 법적 조력이 제공되도록 하는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

그러므로 피의자가 수사 과정에서 선임한 변호인이 설령 구속영장의 청구 이전에 여러 변호활동을 펼쳤다 하더라도(예컨대 수사기관에 피의자를 위한 의견서를 제출하거나, 수사기관의 피의자신문에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다), 정작 체포된 피의자의 구금 여부가 결정되는 피의자심문 기일의 일시·장소 등을 통지받지 못해 판사가 진행하는 심문절차에서 변호활동을 할 기회를 원천적으로 봉쇄당한 채 국선변호인의 참여하에 피의자심문이 이루어졌다면, 피의자는 자신이 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리 중에서도 핵심적·본질적 부분을 침해당한 것으로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 피의자심문의 중요성이나 의미, 구속영장이 청구된 체포 피의자의 지위나 그 심문절차가 피의자에게 미치는 영향, 미리 선임된 사선변호인과 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간 차이 등을 종합하면, 피의자가 그 자신이 선임한 변호인 대신 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 조력을 받고 국선변호인의 참여 아래 피의자심문에 임하였다는 사정만으로는, 위와 같은 피의자의 헌법상 기본권에 대한 침해가 정당화된다고나 그 절차적 흠결이 상쇄된다고 할 수 없다.

라) 체포된 피의자를 조력할 사선변호인의 권리

한편 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은, 피의자(피고인)를 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미한다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부 결정 등 참조). 변호인의 “조력을 받을” 피구속자의 권리는 피구속자를 “조력할” 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 되므로, “조력을 받을 피구속자의 기본권”과 표리의 관계에 있는 “피구속자를 조력할 변호인의 권리” 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부 결정 참조).

따라서 체포된 피의자가 선임한 변호인에게 구속영장의 발부 여부를 결정할 피의자심문기일이 통지되지 않음으로써 그 변호인이 피의자심문에 출석하지 못하고 그 심문을 대비하는 변호활동을 할 기회도 상실하였다면, 이로써 피의자 본인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라, 피의자가 선임한 당해 변호인이 피의자를 조력할 변호인으로서의 권리 역시 침해당하였다고 보아야 한다.

마) 사선변호인 성명 기재 규정의 의미

위와 같이 체포된 피의자에 대한 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여 실무적으로는, 구속영장청구서에 피의자가 선임한 변호인의 존재가 나타나야 한다.

이를 위해 마련된 규칙 제93조 제1항, 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정은, 반드시 서면에 의하여 구속영장이 청구되어야 하고, 그와 같은 구속영장청구서에 ‘피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명’을 ‘기재하여야 한다’라는 법적 의무를 부과하는 형식으로 구성되어 있다.

나아가 위와 같은 변호인 조력권의 헌법적 지위나 그 보장의 필요성, 피의자심문 절차의 중요성과 그 의미 등에 비추어 볼 때, 피의자 스스로 선임한 변호인이 있을 경우 그 변호인의 성명은 단지 구속영장청구서가 공문서로서의 형식을 갖추기 위해 기재되어야 하는 임의적·무의적 기재사항에 불과하다고 볼 수 없으며, 이는 간과되어서는 안 될 필요적 기재사항으로 해석함이 타당하다.

구속영장 청구를 받은 판사는 피의자의 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하거나(법 제201조의2 제3항), '변호인이 없는 때'에는 직권으로 변호인을 선정(법 제201조의2 제8항)해야 하는데, 이때 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되어 있는지 여부는, 해당 피의자가 '변호인이 없는 때'에 해당하는지 여부, 이에 따라 해당 피의자의 사선변호인에게 심문기일을 통지할지 아니면 직권으로 국선변호인을 선정할 것인지 여부 등을 판단하는 바로미터의 역할을 하기 때문이다.

바) 기존 판례와의 비교

한편 대법원은 일찍이, '법 제282조의 필요적 변호사건에 있어서 선임된 사선변호인에 대한 기일통지를 하지 아니함으로써 사선변호인의 출석 없이 제1회 공판기일을 진행하였더라도 그 공판기일에 국선변호인이 출석하였다면 변호인 없이 재판한 잘못이 있다 할 수 없고, 또한 사선변호인이 제2회 공판기일부터는 계속 출석하여 변호권을 행사하였다면 사선변호인으로부터의 변호를 받을 기회를 박탈하였다거나 사선변호인의 변호권을 제한하였다 할 수 없다'라는 취지로 판단하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1571 판결 참조). 그러나 이는, 필요적 변호사건에서 '변호인 없이 개정하지 못한다'거나 이 경우 '변호인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다'는 법 제282조, 제283조의 해석론이 문제 된 사안에 대한 판결로서 이 사건과는 그 적용법조가 상이하다.

나아가 단 1회 그것도 구속영장 청구 다음 날까지 실시되어야 하는 체포 피의자에 대한 피의자심문의 경우와 달리, 여러 번에 걸쳐 공판이 진행되었고 그중 한 번의 공판기일을 제외한 나머지 공판기일에서는 사선변호인의 변호권 행사가 있었던 사안에 대한 판결로 보인다.

따라서 위 대법원판결은 이 사건에 원용할 것이 아니다.

4) 이 사건 피의자심문과 구속의 위법 여부 등(원심판단의 당부)

위 2), 3)항 기재와 같은 법령·법리에 비추어 이 사건을 살펴본다.

피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 그 구속영장청구서에는 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않았다.

이로 인해 법 제201조의2 제3항과 달리 피의자심문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않았다.

이 때문에 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자심문에 임하였다.

그와 같은 피의자심문 절차에는, 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있다.

나아가 위 변호인으로서도 피의자심문 기일 등을 통지받지 못함으로써, 규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항이 정하는 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 법 제201조의2 제4항과 같이 피의자심문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당하였다.

이와 같이 부적법한 피의자심문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법한 것이 된다.

당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이 나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그러므로 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서(2018. 3. 30.자)는 법 제308조의2가 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 증거로 쓸 수 없다.

이와 달리, 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌으므로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하여, 위와 같은 피의자신문 결과 이루어진 구속을 통해 수집된 증거인 위 조서를 증거로 채택하고 이를 유죄의 증거로 거시한 원심의 조치에는, 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다.

소결론(항소이유의 당부)

1) 그러나 위법한 구속을 통해 수집되었으므로 증거로 쓸 수 없는 위 조서에 관계되는 사정은 아래 제5의 가. 5)항에 한정된다.

위와 같은 위법한 구속과 관계없이 그 이전인 통제배달 단계 또는 체포·압수 단계에서 수집된 증거들, 즉 아래 제5의 가. 1)~4)항 및 6), 7)항에 기재된 이 사건 소포의 형상 및 기재, 통제배달을 전후한 피고인의 언동, 위챗 메신저상의 대화 내용 등의 증거들은 유죄의 증거로 사용함에 지장이 없다.

2) 이 사건에서는 위 1)항 기재와 같은 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 데에 충분하다고 판단한다

따라서 위 나.의 4)항 기재와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다(변호인은 항소이유서를 통해 '피고인에 대한 구속이 위법하다'는 취지로만 주장하였다).

이 주장은 결국, 위법한 구속으로 수집된 증거는 그 증거능력이 없으므로 유죄를 인정한 원심판결 결과가 잘못되었다는 취지라고 이해된다.

그러나 위법한 구속 상태에서 수집한 증거를 제외한 나머지 증거들만으로도 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 원심판결의 결과가 잘못되었다는 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다).

5. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은 아래 1) 내지 8) 기재와 같은 이유 등을 들어, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 휴대폰을 수입하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다[앞서 제4항에서 본 대로, 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력이 없어 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

따라서 위 조서에 관계되는 아래 5)항 기재와 같은 원심의 추론·판단은 부당하다는 점을 미리 지적하여 둔다].

1) 이 사건 소포의 수취인 성명으로 기재된 이름은 '○○ ○○○○'으로 피고인 이름과 전혀 다르다.

그런데 피고인은 2017. 9. 13.경 두 번째 통제배달 당시 17:18경 집배원과 통화를 하면서 자신이 '○○ ○○○○(△△)'이라고 말하였다(증거기록 109쪽. 피고인은 2017. 9. 9.과 위 날짜에 우체국 콜센터 직원과 통화할 때도 마찬가지로 자신을 '○○ ○○○○'이라 말하였다.

증거기록 184쪽). 그러다가 17:50경 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 이름을 부르며 우편물의 배달을 시도한 이후 시점인 17:56경 집배원으로부터 재차 전화를 받았을 때 피고인은 자신을 ○○ ○○○○의 친구라고 하여 말을 바꾸었다(증거기록 113쪽). 피고인은 이후 17:59경에는 다시 집배원에게 전화를 걸어 소포를 그냥 옥상에 놓아 두면 된다고 말하면서 직접 수령하는 것을 피하였다(증거기록 115쪽).

2) 이 사건 소포의 수취지인 서울 영등포구 (주소 생략)는 피고인이 자신의 집과 번갈아 가며 거주하였던 피고인 여자친구의 집 주소이다.

수취인의 전화번호로 기재된 (전화번호 1 생략)도 피고인이 아버지 공소외 3(영문성명 2 생략) 명의로 가입하여 사용하고 있던 (전화번호 2 생략)과 유사하여 그에 대한 오기로 볼 여지가 충분하다(증거기록 15, 126쪽).

3) 피고인은 검찰에서, 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 수취지 주변에서 '○○ ○○○○'의 이름을 부르는 것을 보고 현장을 이탈하던 중 세관직원의 질문을 받자 곧바로 도주한 사실을 인정하였다.

소포를 배달할 때 집배원이 2명이나 되는 경우는 이례적이라는 사정을 고려할 때, 피고인은 자신의 범행이 발각되었음을 눈치채고 도주한 것으로 보인다.

4) 피고인은 위와 같이 2회에 걸친 통제배달 시에는 소포를 수령하지 않거나 오히려 적극적으로 수령을 회피하는 태도를 보였다.

반면 2017. 9. 9.에는 5회, 2017. 9. 12.에는 2회, 2017. 9. 13.에는 1회에 걸쳐 우체국 콜센터 직원에게 전화해, 이 사건 소포의 배달에 대한 독촉을 반복하였다.

이와 같이 피고인이 보인 행동은, 피고인이 이 사건 소포 안에 들어있는 필로폰의 존재를 들키지 않으려는 것이었다고 보인다.

이에 대해 피고인은 위 소포를 받기로 한 이후 2017. 9. 13. 통제배달이 이루어지기 직전에 태국 여자친구 '□□'로부터 필로폰이 들어있다는 사정을 들어 알게 되었기 때문에 소포의 수령을 꺼렸던 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 '□□'가 배달기간 중에는 필로폰의 존재를 함구하다가 위 시점에 비로소 그에 대해 이야기했다는 것은 설득력이 떨어진다.

뿐만 아니라, 경험칙상 피고인이 뒤늦게 필로폰의 존재를 알게 되었고 그것이 자신과는 관련이 없는 물건이었다면, 오해가 생기는 것을 피하기 위해 우체국으로부터의 연락을 피하는 것이 타당하다.

그럼에도 피고인은 위 일자경 집배원으로부터 계속 전화를 받는 한편 우체국 콜센터에도 두 차례나 스스로 전화해 우편물에 대하여 문의하였다.

피고인은 '□□'가 피고인에게 필로폰의 존재를 뒤늦게 말한 까닭에 대해서도 제대로 해명하지 못했다(증거기록 294쪽).

5) 피고인은 검찰 2회 피의자신문에서 '□□'의 인적 사항에 대해서 묻는 검사의 질문에 구체적인 답변을 하지 못하였다

다른 한편 피고인은 위 조사 당시 ① '□□'가 보내는 음식이 무엇인지에 대해서 별로 궁금하지 않았고, ② 2017. 9. 13.경 '□□'가 자신에게 한국에 있다고 말했으나 구체적으로 어디에 있는지는 몰랐다고 진술하였다(증거기록 344, 345쪽). 위 ①의 진술 내용은 피고인이 2017. 9. 9.부터 9. 13.까지 지속적으로 우체국 콜센터에 소포 수령에 대해 문의하였던 것과 모순되고, 위 ②의 진술 내용도 평소 1달에 1, 2번 정도 만나서 식사를 하고 잠을 자기도 하는 관계였다는 피고인의 진술 내용과 부합한다고 볼 수 없다.

피고인은 위와 같이 '□□'와 상당히 친밀한 사이라고 하면서도 '□□'의 위챗 아이디조차 알지 못한다고도 진술하였던 반면(증거기록 347쪽), '□□'는 피고인이 기거하고 있는 당시의 여자친구 집 주소까지 알고 이를 소포의 수취정보로 입력하였다는 것이어서 진술이 서로 맞지 않는다.

피고인은 '□□'가 한국에 있었다면 왜 □□가 직접 물건을 받지 않고 굳이 피고인에게 대신 받아달라고 한 것인지 이유를 묻는 검사의 질문에 대해서도 수긍할 만한 답변을 하지 못하였다.

6) 피고인은 2014. 4. 중순경 ~ 2014. 5. 2. 사이에 여자친구 공소외 4 등과 공모하여 필로폰을 매매하였다는 피의사실로 기소중지(지명수배)된 상태이다(서울중앙지방법검찰청 2015년 형제43085호). 위 사건에서 공소외 4가 피고인의 범행가담 사실을 진술한 것으로 보이고(증거기록 97쪽 이하, 241쪽), 공소외 4는 위 범행으로 인해 이미 형사처벌을 받았다(증거기록 309쪽 이하).

7) 피고인의 휴대폰에 대한 포렌식 분석 결과, 피고인이 위챗 메신저상에서 아이디 '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'를 사용하는 불상의 인물과 2018. 3. 22.경 필로폰에 관한 내용으로 추정되는 대화를 나눈 사실을 확인할 수 있다.

위 대화방에는 필로폰으로 보이는 물체를 촬영한 사진도 게시되었다(수사기록 359쪽 이하).

8) 피고인은 스스로 필로폰을 수회 투약한 경험이 있다고 진술하였다(수사기록 294쪽). 검찰 1회 피의자신문 당시 피고인이 임의제출한 피고인의 모발에서 필로폰이 검출되었다(증거기록 356쪽). 다른 한편 피고인은 체포 직후에는 특별한 사정이 없었음에도 소변과 모발의 임의제출을 거부하였다(증거기록 265쪽).

나. 이 법원의 판단

변호인은 이 법원에 이르러, 위와 같이 원심이 든 증거들은 피고인이 필로폰을 국내에 '운반'했다는 증거는 될지언정 이를 '구매'했다는 증거가 될 수 없다거나, 위 가.의 6)~8)항 기재 증거 내지 사정들을 유죄의 근거로 삼는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 대로 필로폰의 '수입'이라는 구성요건은 우리나라 영토 내에 필로폰을 반입하는 행위를 함으로써 충족되고, 이와 별도로 해당 필로폰을 구매 또는 구입하였다는 점까지 합리적 의심 없이 증명되어야 한다고 볼 수 없다.

② 위 가.의 6)~8)항 기재 사정들, 즉 피고인에게 필로폰 양성 반응이 검출되었거나 피고인이 필로폰 매매 혐의로 기소 중지되었고 이 사건 범행 이후 '위챗' 메신저로 필로폰에 관한 대화가 있었다는 등의 사정들은, 위 가.의 1)~4)항 기재와 같은 주요 증거들을 뒷받침하는 간접사실 내지 정황을 설시한 데에 불과하다.

따라서 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한도를 벗어났다거나, 무죄추정의 원칙을 위배한 것이라고 할 수 없다.

결국, 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

변호인의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

6. 결론

지금까지 살펴본 대로, 피고인(변호인)의 법리오해·사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

다만 이에 대해서는 제2항에서 본 대로 공소장변경에 따른 직권 파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 법리오해 주장

가) 이 사건 공소사실은 피고인이 필로폰을 언제, 어디에서, 어떻게 '구매' 내지 '구입'하였는지에 대하여 기재하지 않았다.

그런데 이 사건 적용법조가 정하는 범죄행위인 '수입'은 마약류를 '구입'하여 국내로 반입하는 것을 그 구성요건으로 한다.

따라서 이 사건 공소사실은 필로폰 수입(輸入) 범죄의 중요 구성요건에 대해 그 범죄사실을 특정하지 않은 것으로서 위법하다.

나) 헌법 제12조 제4항은 사선변호인의 조력을 받을 권리를 우선하고 보조적·예외적으로 국선변호인의 조력을 받을 권리를 규정한다.

그럼에도 검찰은 검사의 피의자신문에 참여했던 사선변호인에게 구속영장 청구에 따른 피의자신문 일정을 고지하지 않았다.

이에 따라 피고인은 사선변호인의 참여 없이 국선변호인만 참여한 가운데 이루어진 피의자신문 결과 구속되었다.

이와 같은 구속은 위법하다.

2) 사실오인 주장

검사 제출 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적 의심 없이 증명된 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3) 양형부당 주장

피고인에게 선고된 형량(징역 3년 및 몰수)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 피고인에게 선고한 위 형량은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 공소장변경에 따른 직권 판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

검사는 이 법원에 이르러 다음과 같이 공소장을 변경하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 4행 '...숨겨 우편물 박스에 넣은 다음'과 '태국발 인천행 타이항공 항공기편에...' 사이에, "수취인은 가상의 인물인 '○○ ○○○○'으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 '서울 영등포구 (주소 생략)'로 각 기재한 다음"을 추가한다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 5행 '2018. 9. 8.'을 '2017. 9. 8.'로 고친다.

이 법원은 2018. 9. 4. 제2회 공판기일에서 위와 같은 공소장변경을 허가하였다.

이에 따라 그 심판대상이 변경된 이상, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권 파기사유가 있음에도 불구하고 제1의 가. 1), 2)항 기재와 같은 피고인의 법리오해·사실오인 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 된다.

따라서 이에 대하여 아래에서 먼저 살펴본다.

아래 제3항은 제1의 가. 1) 가)항 기재와 같은 공소사실 특정과 관련된 법리오해 주장, 제4항은 제1의 가. 1) 나)항 기재와 같은 변호인 조력권 침해와 관련된 법리오해 주장, 제5항은 제1의 가. 2)항 기재와 같은 사실오인 주장에 각 대응하는 판단에 해당한다.

3. 공소사실 특정과 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 변경된 공소사실과 변호인의 주장

1) 위와 같이 변경된 이 사건 공소사실은 다음과 같다.

“피고인은 중국 국적의 외국인으로, 마약류취급자가 아니므로 향정신성의약품인 메트암페타민(이하 ‘필로폰’이라 한다)을 취급해서는 아니 된다.

피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고, 위 성명불상의 마약 판매책은 2017. 9. 초순경 태국 이하 불상지에서 필로폰 약 8.37g을 비닐지퍼백에 넣고 과자 봉지 사이에 숨겨 우편물 박스에 넣은 다음 수취인은 가상의 인물인 ‘○○ ○○○○’으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 ‘서울 영등포구 (주소 생략)’로 각 기재한 다음 태국발 인천행 타이항공 항공기편에 국제특급우편 형식으로 발송하여 2017. 9. 8. 09:09경 위 필로폰 약 8.37g을 인천공항에 도착하게 하였다.

이로써 피고인은 필로폰 약 8.37g을 수입하였다.

”

2) 그중 “피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고”라는 부분, 즉 ‘구입’의 경위가 제대로 기재되어 있지 않다는 것이 변호인의 주장인 것으로 보인다.

나. 판단

이 사건의 적용법조인 마약류 관리에 관한 법률(이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제58조 제1항 제6호는 “제4조 제1항을 위반하여 제2조 제3호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자”를 처벌하고, 같은 법 제4조 제1항은 “마약류취급자가 아니면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

“라고 하면서(본문), 필로폰 등의 마약(향정신성의약품)을 “소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위”를 그 구성요건으로 규정하고 있다.

구 향정신성의약품관리법(현재의 마약류관리법에 준한다)이 정한 향정신성의약품의 ‘수입’은 그 목적이나 의도에 관계 없이 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토 내로 양륙하는 등으로 반입하는 행위를 뜻한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결 등 참조). 여기서 ‘수입’이라 함은 향정신성의약품을 외국 등의 지역으로부터 운반하여 그것을 우리나라의 영토 내로 반입할 때까지의 모든 행위를 가리키는 것은 아니고, 그 최종단계인 영토 내의 반입행위만을 가리키는 것으로 해석된다.

따라서 행위자가 해당 마약류를 국외에서 유상으로 ‘구매’ 또는 ‘구입’하지 않았더라도, 그 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토에 반입하는 행위를 한 이상 ‘수입’의 구성요건은 충족된다고 보아야 한다.

마약류관리법이 마약·향정신성의약품 등의 오용·남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조)는 입법 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

비록 수입(輸入)의 사전적 의미가 '다른 나라로부터 상품이나 기술 따위를 국내로 사들임'이라고 하더라도, 통상적인 상품·기술 등과 달리 마약이나 향정신성의약품을 '사들이는' 행위 자체가 절대적으로 불법화되어 있다는 점 등을 고려하면, 위와 같은 사전적 의미를 그대로 따를 수는 없다.

한편 마약류관리법이 정하는 또다른 구성요건인 '운반'은 마약류를 장소적으로 이전하는 행위를 뜻하는 것으로, 운반이 유상인가 무상인가는 그 성립에 영향이 없다.

이와 같이 '수입'이라는 행위의 본질은 어디까지나 '영토 내의 반입행위'라고 해석되는 한편, 이 사건 공소사실은 '구입'의 상대방(태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자), '구입'의 대상(필로폰 약 8.37g), '구입'의 시기(2017. 9.경)가 가능한 범위 내에서 특정되어 있다.

따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 일시, 장소, 방법의 기재를 필요로 한 정도에 반하지 않거나, 위와 같은 세 가지 요소의 개괄적 표시가 부득이한 경우에 해당한다.

그러므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제327조 제2호가 정하는 '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 공소사실이 특정되지 않아 공소기각 사유에 해당한다는 취지인 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4. 변호인 조력권 침해와 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

변호인은 원심에서도 구속영장 청구에 따른 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 피고인의 사선변호인에게 피의자신문의 사실 및 그 일시·장소를 통지하는 책임은 기본적으로 법원에 있기는 하나, 법원으로서도 사선변호인 선임 사실을 알지 못한 상태에서 피의자신문에 앞서 피고인에게 국선변호인을 선정하였고 그 변호인의 참여하에 심문이 이루어진 이상 단지 사선변호인이 참석하지 못하였다는 사정만으로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하여, 변호인의 위 주장을 배척하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 없다.

1) 인정되는 소송법적 사실관계

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2018. 3. 26. 18:04 이미 발부되었던 체포영장에 기하여 서울남부지방법검찰청 수사관에게 체포되었다.

② 다음 날인 2018. 3. 27. 10:00부터 15:15까지 피고인에 대한 검사의 피의자신문이 있었다.

피고인이 선임한 변호인인 공소외 1 변호사는 2018. 3. 27. 10:00경 변호인선임계를 검찰에 제출하고 위 피의자신문 절차에 참여하였다.

③ 검사는 2018. 3. 27. 19:05경 피고인에 대한 구속영장을 서울남부지방법원 판사에게 청구하였다.

그런데 그 구속영장청구서(서울남부지방법검찰청 제2018-370호)의 '변호인'란에는 아무런 기재가 없다.

④ 2018. 3. 28. 10:30 서울남부지방법원 판사는 피고인에 대한 구속영장 청구를 심사하기 위하여 피의자신문을 하였다.

당시 변호인으로는, 앞서 본 공소외 1 변호사가 아니라 국선변호인인 공소외 2 변호사가 참여하였다(피의자신문 도중 피고인이 중국 영사관에 체포와 구속영장 청구사실을 통지하고 영사접견 기회를 달라고 희망하여, 그 절차를 위해 휴정하였다가 2018. 3. 28. 15:00 속개되었는데, 계속하여 국선변호인이 참여하였다).

⑤ 위와 같은 피의자신문 결과, 피고인은 2018. 3. 28. 21:05경 서울남부지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의해 구속되었다.

⑥ 피고인은 2018. 10. 25. 이 법원 제3회 공판기일에서, 피의자신문 직전에 면담한 변호인은 자신이 선임한 변호사가 아니었는데, 외국인인 자기는 절차를 잘 몰라서 (원래) 절차를 그렇게 하는 줄 알고 사선변호인의 선임 사실을 말하지 않았다는 취지로 진술하였다.

위 ① 내지 ⑥과 같은 사실관계를 종합하면, 구속영장 청구 당시에 피고인이 선임한 변호인의 존재가 구속영장청구서에 기재되지 않은 결과, 구속영장 청구를 받은 법원으로서 피고인에게 달리 선임된 변호인이 없다고 생각하여 직권으로 국선변호인을 선정하였고, 그와 같이 선정된 국선변호인의 참여 아래 피의자신문 절차가 이루어졌던 것으로 보인다.

2) 관계 법령

헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

"라고 정하면서, 그 단서에서 "다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

"라고 규정하고 있다.

한편 형사소송법(이하 '법'이라고만 한다) 제30조 제1항은 "피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

"라고 정한다.

그리고 법 제201조의2 제3항은, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구받은 판사는 즉시 "검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

"라고, 같은 조 제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

"라고 각 규정한다.

나아가 형사소송규칙(이하 '규칙'이라고만 한다)에 따르면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구는 반드시 서면, 즉 구속영장 청구서에 의하여야 한다(규칙 제93조 제1항). 그리고 구속영장의 청구서에는, "피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명"을 기재하여야 한다(규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호). 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의20 제1항). 피의자신문에 참여할 변호인은 원칙적으로, 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(규칙 제96조의21 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의16 제4항).

3) 이 사건에 적용되는 법리와 그 이유

위와 같은 관계 법령의 문언과 그 체계, 입법 취지 및 규범의 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사로서는 구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자신문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피

의자심문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 2)항 기재 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자심문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자심문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있는 것이 된다. 이러한 피의자심문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항이 정하는 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다고 봄이 마땅하다.

이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자심문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자심문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그 이유는 아래 가)~바)항과 같다.

가) 변호인 조력권의 헌법상 의미

헌법 제12조 제4항 본문이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다'라고 규정한 것은, 기본적으로 체포·구금된 피의자·피고인이 사선변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장한 것으로 해석된다.

변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인을 선임하는 권리이다.

한편 같은 항 단서에서는 '다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

'라고 정함으로써 이와 별도로 국선변호인 제도의 헌법적 근거를 마련하고 있다.

그러므로 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 헌법 규정의 문언과 그 체계, 의미 등을 살펴보면, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령(本領)은 피의자(피고인) 본인이 자신의 의사에 기하여 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리, 즉 사선변호인의 조력을 받을 권리라고 봄이 타당하다.

그러므로 체포된 피의자가 스스로 선임한 변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 되었다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 된다.

피의자 등에게 변호인 선임의 권리를 규정한 법 제30조 제1항은, 위와 같이 사선변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 형사소송법 차원에서 다시 확인하거나 이를 구체화한 것으로 보아야 한다.

그 밖에 체포된 피의자가 변호사를 지정(지명)하여 교도소장 등에게 그 선임을 의뢰하는 경우 교도소장 등이 지체 없이 해당 변호사에게 그 취지를 통지하도록 한 법 제200조의6, 제90조 역시, 신체의 자유가 제한되어 체포 상태에 있는 피의자가 스스로 자신의 변호인을 선임하려는 시도에 협조하려는 데 그 입법 취지가 있다.

나) 국선변호의 의미와 변호인 조력권

국선변호제도는 변호인의 조력을 받기를 원하지만 경제적인 이유 등으로 조력을 받을 수 없는 사람을 위하여 마련된 제도로서 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 기능하도록 한다.

헌법이나 형사소송법이 정하는 국선변호의 요건에 해당하여 국선변호인이 선정되었다면, 그와 같은 국선변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리나 국선변호인이 그 변호를 위해 가지는 절차적 권리는 사선변호인이 선임된 경우와 다를 것이 없다.

그런데 국선변호에 대해서는, 위 헌법 조항의 문언 자체에서도 '다만 변호인을 스스로 구할 수 없을 때' 비로소 국선변호인을 붙인다는 취지로 정하고 있다.

위 조항 단서는 본문과 달리 국선변호인으로부터 조력을 받을 대상자를 '형사피고인'으로 한정하고 '법률이 정하는 바에 따라' 국선변호인을 선정한다는 취지로 규정하고 있기도 하다.

따라서 형사피고인에 대한 국선변호는 헌법상의 기본권인 반면, 형사피의자에 대한 국선변호는 법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항이 정하는 바에 따라 피의자가 체포·구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상 권리로서, 헌법에 의해 당연히 보장·파생되는 헌법상 권리라고 볼 수는 없다.

그러므로 헌법상 보장되는 기본권인 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해·박탈당한 체포 피의자에게, 형사소송법의 차원에서 규정된 국선변호가 제공되었다고 하여 위와 같은 헌법적 기본권의 침해가 정당화된거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

더구나 사선변호인을 선임한 피의자는 특별한 사정이 없는 이상헌법 제12조 제4항 단서가 정하는 '스스로 변호인을 구할 수 없을 때', 또는 법 제201조의2 제8항이 정하는 '변호인이 없는 때'라는 국선변호인의 선정 요건에 해당하지 않는다.

그런데 이미 선임된 사선변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인에게 심문기일장소를 통지하지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선변호인이 피의자심문에 참여하였다면, 형사소송법 자체의 해석론에 의하더라도 위와 같은 피의자심문 절차가 적법하다고 볼 수 없다.

다) 피의자심문 절차에서 사선변호인 조력권이 가지는 중요성

수사기관의 구속은, 피의자의 신병을 강제로 확보한 상태에서 피의자신문의 방식으로 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하기 위한 대인적 강제수사의 일종이다.

다만 이는 헌법상 기본권인 신체의 자유에 대하여 중대한 제한을 가하는 것이기 때문에, 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니"한다거나(제12조 제1항), "구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

"(제12조 제3항)라는 등 구속에 관해 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그와 같은 헌법의 정신을 실질적으로 구현하기 위해 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 현행 법 제201조의2 제1항 본문은 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.

"라고 정함으로써 전면적·필요적인 피의자심문 절차, 즉 수사기관으로부터 독립된 법관에 의한 영장실질심사를 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 체포 상태에서 구속영장이 청구된 피의자에게는, 통상 여러 단계로 이루어지는 각종 형사사법절차 중 다른 어떤 절차에 비하더라도(경우에 따라서는 오히려 공소의 제기 이후 이루어지는 공판절차보다도), 위와 같은 피의자

심문 단계가 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때라고 보아야 한다.

앞서 본 대로 형사소송규칙에서 변호인이 피의자심문 시작 전에 피의자와 접견하거나 구속영장청구서 등을 열람할 수 있는 권리를 정함과 아울러 피의자가 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다는 취지를 명시한 것은, 변호인의 활동을 충분히 보장함으로써 피의자에게 가장 중요한 의미를 가지는 피의자심문 단계에서 실질적인 법적 조력이 제공되도록 하는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

그러므로 피의자가 수사 과정에서 선임한 변호인이 설령 구속영장의 청구 이전에 여러 변호활동을 펼쳤다 하더라도(예컨대 수사기관에 피의자를 위한 의견서를 제출하거나, 수사기관의 피의자신문에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다), 정작 체포된 피의자의 구금 여부가 결정되는 피의자심문 기일의 일시·장소 등을 통지받지 못해 판사가 진행하는 심문절차에서 변호활동을 할 기회를 원천적으로 봉쇄당한 채 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌다면, 피의자는 자신이 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리 중에서도 핵심적·본질적 부분을 침해당한 것으로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 피의자심문의 중요성이나 의미, 구속영장이 청구된 체포 피의자의 지위나 그 심문절차가 피의자에게 미치는 영향, 미리 선임된 사선변호인과 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간 차이 등을 종합하면, 피의자가 그 자신이 선임한 변호인 대신 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 조력을 받고 국선변호인의 참여 아래 피의자신문에 임하였다는 사정만으로는, 위와 같은 피의자의 헌법상 기본권에 대한 침해가 정당화된다고나 그 절차적 흠결이 상쇄된다고 할 수 없다.

라) 체포된 피의자를 조력할 사선변호인의 권리

한편 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은, 피의자(피고인)를 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미한다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부 결정 등 참조). 변호인의 "조력을 받을" 피구속자의 권리는 피구속자를 "조력할" 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 되므로, "조력을 받을 피구속자의 기본권"과 표리의 관계에 있는 "피구속자를 조력할 변호인의 권리" 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부 결정 참조).

따라서 체포된 피의자가 선임한 변호인에게 구속영장의 발부 여부를 결정할 피의자심문기일이 통지되지 않음으로써 그 변호인이 피의자신문에 출석하지 못하고 그 심문을 대비하는 변호활동을 할 기회도 상실하였다면, 이로써 피의자 본인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라, 피의자가 선임한 당해 변호인이 피의자를 조력할 변호인으로서의 권리 역시 침해당하였다고 보아야 한다.

마) 사선변호인 성명 기재 규정의 의미

위와 같이 체포된 피의자에 대한 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여 실무적으로는, 구속영장청구서에 피의자가 선임한 변호인의 존재가 나타나야 한다.

이를 위해 마련된 규칙 제93조 제1항, 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정은, 반드시 서면에 의하여 구속영장이 청구되어야 하고, 그와 같은 구속영장청구서에 '피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명'을 '기재하여야 한다'라는 법적 의무를 부과하는 형식으로 구성되어 있다.

나아가 위와 같은 변호인 조력권의 헌법적 지위나 그 보장의 필요성, 피의자심문 절차의 중요성과 그 의미 등에 비추어 볼 때, 피의자 스스로 선임한 변호인이 있을 경우 그 변호인의 성명은 단지 구속영장청구서가 공문서로서의 형식을 갖추기 위해 기재되어야 하는 임의적·무의적 기재사항에 불과하다고 볼 수 없으며, 이는 간과되어서는 안 될

필요적 기재사항으로 해석함이 타당하다.

구속영장 청구를 받은 판사는 피의자의 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하거나(법 제201조의2 제3항), '변호인이 없는 때'에는 직권으로 변호인을 선정(법 제201조의2 제8항)해야 하는데, 이때 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되어 있는지 여부는, 해당 피의자가 '변호인이 없는 때'에 해당하는지 여부, 이에 따라 해당 피의자의 사선변호인에게 심문기일을 통지할지 아니면 직권으로 국선변호인을 선정할 것인지 여부 등을 판단하는 바로미터의 역할을 하기 때문이다.

바) 기존 판례와의 비교

한편 대법원은 일찍이, '법 제282조의 필요적 변호사건에 있어서 선임된 사선변호인에 대한 기일통지를 하지 아니함으로써 사선변호인의 출석 없이 제1회 공판기일을 진행하였더라도 그 공판기일에 국선변호인이 출석하였다면 변호인 없이 재판한 잘못이 있다 할 수 없고, 또한 사선변호인이 제2회 공판기일부터는 계속 출석하여 변호권을 행사하였다면 사선변호인으로부터의 변호를 받을 기회를 박탈하였다거나 사선변호인의 변호권을 제한하였다 할 수 없다'라는 취지로 판단하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1571 판결 참조). 그러나 이는, 필요적 변호사건에서 '변호인 없이 개정하지 못한다'거나 이 경우 '변호인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다'는 법 제282조, 제283조의 해석론이 문제 된 사안에 대한 판결로서 이 사건과는 그 적용법조가 상이하다.

나아가 단 1회 그것도 구속영장 청구 다음 날까지 실시되어야 하는 체포 피의자에 대한 피의자신문의 경우와 달리, 여러 번에 걸쳐 공판이 진행되었고 그중 한 번의 공판기일을 제외한 나머지 공판기일에서는 사선변호인의 변호권 행사가 있었던 사안에 대한 판결로 보인다.

따라서 위 대법원판결은 이 사건에 원용할 것이 아니다.

4) 이 사건 피의자신문과 구속의 위법 여부 등(원심판단의 당부)

위 2), 3)항 기재와 같은 법령·법리에 비추어 이 사건을 살펴본다.

피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 그 구속영장청구서에는 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않았다.

이로 인해 법 제201조의2 제3항과 달리 피의자신문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않았다.

이 때문에 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문에 임하였다.

그와 같은 피의자신문 절차에는, 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있다.

나아가 위 변호인으로서도 피의자신문 기일 등을 통지받지 못함으로써, 규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항이 정하는 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 법 제201조의2 제4항과 같이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당하였다.

이와 같이 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법한 것이 된다.

당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그러므로 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서(2018. 3. 30.자)는 법 제308조의2가 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 증거로 쓸

수 없다.

이와 달리, 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌으므로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하여, 위와 같은 피의자신문 결과 이루어진 구속을 통해 수집된 증거인 위 조서를 증거로 채택하고 이를 유죄의 증거로 거시한 원심의 조치에는, 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다.

소결론(항소이유의 당부)

1) 그러나 위법한 구속을 통해 수집되었으므로 증거로 쓸 수 없는 위 조서에 관계되는 사정은 아래 제5의 가. 5)항에 한정된다.

위와 같은 위법한 구속과 관계없이 그 이전인 통제배달 단계 또는 체포·압수 단계에서 수집된 증거들, 즉 아래 제5의 가. 1)~4)항 및 6), 7)항에 기재된 이 사건 소포의 형상 및 기재, 통제배달을 전후한 피고인의 언동, 위챗 메신저상의 대화 내용 등의 증거들은 유죄의 증거로 사용함에 지장이 없다.

2) 이 사건에서는 위 1)항 기재와 같은 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 데에 충분하다고 판단한다

따라서 위 나.의 4)항 기재와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다(변호인은 항소이유서를 통해 '피고인에 대한 구속이 위법하다'는 취지로만 주장하였다).

이 주장은 결국, 위법한 구속으로 수집된 증거는 그 증거능력이 없으므로 유죄를 인정한 원심판결 결과가 잘못되었다는 취지라고 이해된다.

그러나 위법한 구속 상태에서 수집한 증거를 제외한 나머지 증거들만으로도 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 원심판결의 결과가 잘못되었다는 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다).

5. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은 아래 1) 내지 8) 기재와 같은 이유 등을 들어, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 필로폰을 수입하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다[앞서 제4항에서 본 대로, 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력이 없어 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

따라서 위 조서에 관계되는 아래 5)항 기재와 같은 원심의 추론·판단은 부당하다는 점을 미리 지적하여 둔다].

1) 이 사건 소포의 수취인 성명으로 기재된 이름은 '○○ ○○○○'으로 피고인 이름과 전혀 다르다.

그런데 피고인은 2017. 9. 13.경 두 번째 통제배달 당시 17:18경 집배원과 통화를 하면서 자신이 '○○ ○○○○(△△)'이라고 말하였다(증거기록 109쪽). 피고인은 2017. 9. 9.과 위 날짜에 우체국 콜센터 직원과 통화할 때도 마찬가지로 자신을 '○○ ○○○○'이라 말하였다.

증거기록 184쪽). 그러다가 17:50경 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 이름을 부르며 우편물의 배달을 시도한 이후 시점인 17:56경 집배원으로부터 재차 전화를 받았을 때 피고인은 자신을 ○○ ○○○○의 친구라고 하여 말을 바꾸었다(증거기록 113쪽). 피고인은 이후 17:59경에는 다시 집배원에게 전화를 걸어 소포를 그냥 옥상에 놓아 두면 된다고 말하면서 직접 수령하는 것을 피하였다(증거기록 115쪽).

2) 이 사건 소포의 수취지인 서울 영등포구 (주소 생략)는 피고인이 자신의 집과 번갈아 가며 거주하였던 피고인 여자친구의 집 주소이다.

수취인의 전화번호로 기재된 (전화번호 1 생략)도 피고인이 아버지 공소외 3(영문성명 2 생략) 명의로 가입하여 사용하고 있던 (전화번호 2 생략)과 유사하여 그에 대한 오기로 볼 여지가 충분하다(증거기록 15, 126쪽).

3) 피고인은 검찰에서, 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 수취지 주변에서 '○○ ○○○○'의 이름을 부르는 것을 보고 현장을 이탈하던 중 세관직원의 질문을 받자 곧바로 도주한 사실을 인정하였다.

소포를 배달할 때 집배원이 2명이나 되는 경우는 이례적이라는 사정을 고려할 때, 피고인은 자신의 범행이 발각되었음을 눈치채고 도주한 것으로 보인다.

4) 피고인은 위와 같이 2회에 걸친 통제배달 시에는 소포를 수령하지 않거나 오히려 적극적으로 수령을 회피하는 태도를 보였다.

반면 2017. 9. 9.에는 5회, 2017. 9. 12.에는 2회, 2017. 9. 13.에는 1회에 걸쳐 우체국 콜센터 직원에게 전화해, 이 사건 소포의 배달에 대한 독촉을 반복하였다.

이와 같이 피고인이 보인 행동은, 피고인이 이 사건 소포 안에 들어있는 필로폰의 존재를 들키지 않으려는 것이었다고 보인다.

이에 대해 피고인은 위 소포를 받기로 한 이후 2017. 9. 13. 통제배달이 이루어지기 직전에 태국 여자친구 '□□'로부터 필로폰이 들어있다는 사정을 들어 알게 되었기 때문에 소포의 수령을 꺼렸던 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 '□□'가 배달기간 중에는 필로폰의 존재를 함구하다가 위 시점에 비로소 그에 대해 이야기했다는 것은 설득력이 떨어진다.

뿐만 아니라, 경험칙상 피고인이 뒤늦게 필로폰의 존재를 알게 되었고 그것이 자신과는 관련이 없는 물건이었다면, 오해가 생기는 것을 피하기 위해 우체국으로부터의 연락을 피하는 것이 타당하다.

그럼에도 피고인은 위 일자경 집배원으로부터 계속 전화를 받는 한편 우체국 콜센터에도 두 차례나 스스로 전화해 우편물에 대하여 문의하였다.

피고인은 '□□'가 피고인에게 필로폰의 존재를 뒤늦게 말한 까닭에 대해서도 제대로 해명하지 못했다(증거기록 294쪽).

5) 피고인은 검찰 2회 피의자신문에서 '□□'의 인적 사항에 대해서 묻는 검사의 질문에 구체적인 답변을 하지 못하였다

다른 한편 피고인은 위 조사 당시 ① '□□'가 보내는 음식이 무엇인지에 대해서 별로 궁금하지 않았고, ② 2017. 9. 13.경 '□□'가 자신에게 한국에 있다고 말했으나 구체적으로 어디에 있는지는 몰랐다고 진술하였다(증거기록 344, 345쪽). 위 ①의 진술 내용은 피고인이 2017. 9. 9.부터 9. 13.까지 지속적으로 우체국 콜센터에 소포 수령에 대해 문의하였던 것과 모순되고, 위 ②의 진술 내용도 평소 1달에 1, 2번 정도 만나서 식사를 하고 잠을 자기도 하는 관계였다는 피고인의 진술 내용과 부합한다고 볼 수 없다.

피고인은 위와 같이 '□□'와 상당히 친밀한 사이라고 하면서도 '□□'의 위챗 아이디조차 알지 못한다고도 진술하였던 반면(증거기록 347쪽), '□□'는 피고인이 기거하고 있는 당시의 여자친구 집 주소까지 알고 이를 소포의 수취정보로 입력하였다는 것이어서 진술이 서로 맞지 않는다.

피고인은 '□□'가 한국에 있었다면 왜 □□가 직접 물건을 받지 않고 굳이 피고인에게 대신 받아달라고 한 것인지 이유를 묻는 검사의 질문에 대해서도 수긍할 만한 답변을 하지 못하였다.

- 6) 피고인은 2014. 4. 중순경 ~ 2014. 5. 2. 사이에 여자친구 공소외 4 등과 공모하여 필로폰을 매매하였다는 피의사실로 기소중지(지명수배)된 상태이다(서울중앙지방법검찰청 2015년 형제43085호). 위 사건에서 공소외 4가 피고인의 범행가담 사실을 진술한 것으로 보이고(증거기록 97쪽 이하, 241쪽), 공소외 4는 위 범행으로 인해 이미 형사처벌을 받았다(증거기록 309쪽 이하).
- 7) 피고인의 휴대폰에 대한 포렌식 분석 결과, 피고인이 위챗 메신저상에서 아이디 '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'를 사용하는 불상의 인물과 2018. 3. 22.경 필로폰에 관한 내용으로 추정되는 대화를 나눈 사실을 확인할 수 있다. 위 대화방에는 필로폰으로 보이는 물체를 촬영한 사진도 게시되었다(수사기록 359쪽 이하).
- 8) 피고인은 스스로 필로폰을 수회 투약한 경험이 있다고 진술하였다(수사기록 294쪽). 검찰 1회 피의자신문 당시 피고인이 임의제출한 피고인의 모발에서 필로폰이 검출되었다(증거기록 356쪽). 다른 한편 피고인은 체포 직후에는 특별한 사정이 없었음에도 소변과 모발의 임의제출을 거부하였다(증거기록 265쪽).

나. 이 법원의 판단

변호인은 이 법원에 이르러, 위와 같이 원심이 든 증거들은 피고인이 필로폰을 국내에 '운반'했다는 증거는 될지언정 이를 '구매'했다는 증거가 될 수 없다거나, 위 가.의 6)~8)항 기재 증거 내지 사정들을 유죄의 근거로 삼는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 대로 필로폰의 '수입'이라는 구성요건은 우리나라 영토 내에 필로폰을 반입하는 행위를 함으로써 충족되고, 이와 별도로 해당 필로폰을 구매 또는 구입하였다는 점까지 합리적 의심 없이 증명되어야 한다고 볼 수 없다.

- ② 위 가.의 6)~8)항 기재 사정들, 즉 피고인에게 필로폰 양성 반응이 검출되었거나 피고인이 필로폰 매매 혐의로 기소중지되었고 이 사건 범행 이후 '위챗' 메신저로 필로폰에 관한 대화가 있었다는 등의 사정들은, 위 가.의 1)~4)항 기재와 같은 주요 증거들을 뒷받침하는 간접사실 내지 정황을 설시한 데에 불과하다.

따라서 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한도를 벗어났다거나, 무죄추정의 원칙을 위배한 것이라고 할 수 없다.

결국, 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

변호인의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

6. 결론

지금까지 살펴본 대로, 피고인(변호인)의 법리오해·사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

다만 이에 대해서는 제2항에서 본 대로 공소장변경에 따른 직권 파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 법리오해 주장

가) 이 사건 공소사실은 피고인이 필로폰을 언제, 어디에서, 어떻게 '구매' 내지 '구입'하였는지에 대하여 기재하지 않았다.

그런데 이 사건 적용법조가 정하는 범죄행위인 '수입'은 마약류를 '구입'하여 국내로 반입하는 것을 그 구성요건으로 한다.

따라서 이 사건 공소사실은 필로폰 수입(輸入) 범죄의 중요 구성요건에 대해 그 범죄사실을 특정하지 않은 것으로서 위법하다.

나) 헌법 제12조 제4항은 사선변호인의 조력을 받을 권리를 우선하고 보조적·예외적으로 국선변호인의 조력을 받을 권리를 규정한다.

그럼에도 검찰은 검사의 피의자신문에 참여했던 사선변호인에게 구속영장 청구에 따른 피의자신문 일정을 고지하지 않았다.

이에 따라 피고인은 사선변호인의 참여 없이 국선변호인만 참여한 가운데 이루어진 피의자신문 결과 구속되었다.

이와 같은 구속은 위법하다.

2) 사실오인 주장

검사 제출 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적 의심 없이 증명된 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3) 양형부당 주장

피고인에게 선고된 형량(징역 3년 및 몰수)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 피고인에게 선고한 위 형량은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 공소장변경에 따른 직권 판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

검사는 이 법원에 이르러 다음과 같이 공소장을 변경하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 4행 '...숨겨 우편물 박스에 넣은 다음'과 '태국발 인천행 타이항공 항공기편에...' 사이에, "수취인은 가상의 인물인 '○○ ○○○○'으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 '서울 영등포구 (주소 생략)'로 각 기재한 다음"을 추가한다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 5행 '2018. 9. 8.'을 '2017. 9. 8.'로 고친다.

이 법원은 2018. 9. 4. 제2회 공판기일에서 위와 같은 공소장변경을 허가하였다.

이에 따라 그 심판대상이 변경된 이상, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권 파기사유가 있음에도 불구하고 제1의 가. 1), 2)항 기재와 같은 피고인의 법리오해·사실오인 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 된다.

따라서 이에 대하여 아래에서 먼저 살펴본다.

아래 제3항은 제1의 가. 1) 가)항 기재와 같은 공소사실 특정과 관련된 법리오해 주장, 제4항은 제1의 가. 1) 나)항 기재와 같은 변호인 조력권 침해와 관련된 법리오해 주장, 제5항은 제1의 가. 2)항 기재와 같은 사실오인 주장에 각 대응하는 판단에 해당한다.

3. 공소사실 특정과 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 변경된 공소사실과 변호인의 주장

1) 위와 같이 변경된 이 사건 공소사실은 다음과 같다.

“피고인은 중국 국적의 외국인으로, 마약류취급자가 아니므로 향정신성의약품인 메트암페타민(이하 ‘필로폰’이라 한다)을 취급해서는 아니 된다.

피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고, 위 성명불상의 마약 판매책은 2017. 9. 초순경 태국 이하 불상지에서 필로폰 약 8.37g을 비닐지퍼백에 넣고 과자 봉지 사이에 숨겨 우편물 박스에 넣은 다음 수취인은 가상의 인물인 ‘○○ ○○○○’으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 ‘서울 영등포구 (주소 생략)’로 각 기재한 다음 태국발 인천행 타이항공 항공기편에 국제특급우편 형식으로 발송하여 2017. 9. 8. 09:09경 위 필로폰 약 8.37g을 인천공항에 도착하게 하였다.

이로써 피고인은 필로폰 약 8.37g을 수입하였다.

”

2) 그중 “피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고”라는 부분, 즉 ‘구입’의 경위가 제대로 기재되어 있지 않다는 것이 변호인의 주장인 것으로 보인다.

나. 판단

이 사건의 적용법조인 마약류 관리에 관한 법률(이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제58조 제1항 제6호는 “제4조 제1항을 위반하여 제2조 제3호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자”를 처벌하고, 같은 법 제4조 제1항은 “마약류취급자가 아니면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

“라고 하면서(본문), 필로폰 등의 마약(향정신성의약품)을 “소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위”를 그 구성요건으로 규정하고 있다.

구 향정신성의약품관리법(현재의 마약류관리법에 준한다)이 정한 향정신성의약품의 ‘수입’은 그 목적이나 의도에 관계 없이 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토 내로 양륙하는 등으로 반입하는 행위를 뜻한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결 등 참조). 여기서 ‘수입’이라 함은 향정신성의약품을 외국 등의 지역으로부터 운반하여 그것을 우리나라의 영토 내로 반입할 때까지의 모든 행위를 가리키는 것은 아니고, 그 최종단계인 영토 내의 반입행위만을 가리키는 것으로 해석된다.

따라서 행위자가 해당 마약류를 국외에서 유상으로 ‘구매’ 또는 ‘구입’하지 않았더라도, 그 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토에 반입하는 행위를 한 이상 ‘수입’의 구성요건은 충족된다고 보아야 한다.

마약류관리법이 마약·향정신성의약품 등의 오용·남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조)는 입법 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

비록 수입(輸入)의 사전적 의미가 ‘다른 나라로부터 상품이나 기술 따위를 국내로 사들임’이라고 하더라도, 통상적인 상품·기술 등과 달리 마약이나 향정신성의약품을 ‘사들이는’ 행위 자체가 절대적으로 불법화되어 있다는 점 등을 고려하면, 위와 같은 사전적 의미를 그대로 따를 수는 없다.

한편 마약류관리법이 정하는 또다른 구성요건인 ‘운반’은 마약류를 장소적으로 이전하는 행위를 뜻하는 것으로, 운반이 유상인가 무상인가는 그 성립에 영향이 없다.

이와 같이 '수입'이라는 행위의 본질은 어디까지나 '영토 내의 반입행위'라고 해석되는 한편, 이 사건 공소사실은 '구입'의 상대방(태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자), '구입'의 대상(필로폰 약 8.37g), '구입'의 시기(2017. 9.경)가 가능한 범위 내에서 특정되어 있다.

따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 일시, 장소, 방법의 기재를 필요로 한 정도에 반하지 않거나, 위와 같은 세 가지 요소의 개괄적 표시가 부득이한 경우에 해당한다.

그러므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제327조 제2호가 정하는 '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 공소사실이 특정되지 않아 공소기각 사유에 해당한다는 취지인 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4. 변호인 조력권 침해와 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

변호인은 원심에서도 구속영장 청구에 따른 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 피고인의 사선변호인에게 피의자신문의 사실 및 그 일시·장소를 통지하는 책임은 기본적으로 법원에 있기는 하나, 법원으로서의 사선변호인 선임 사실을 알지 못한 상태에서 피의자신문에 앞서 피고인에게 국선변호인을 선정하였고 그 변호인의 참여하에 심문이 이루어진 이상 단지 사선변호인이 참석하지 못하였다는 사정만으로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하여, 변호인의 위 주장을 배척하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 없다.

1) 인정되는 소송법적 사실관계

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2018. 3. 26. 18:04 이미 발부되었던 체포영장에 기하여 서울남부지방법검찰청 수사관에게 체포되었다.

② 다음 날인 2018. 3. 27. 10:00부터 15:15까지 피고인에 대한 검사의 피의자신문이 있었다.

피고인이 선임한 변호인인 공소외 1 변호사는 2018. 3. 27. 10:00경 변호인선임계를 검찰에 제출하고 위 피의자신문 절차에 참여하였다.

③ 검사는 2018. 3. 27. 19:05경 피고인에 대한 구속영장을 서울남부지방법원 판사에게 청구하였다.

그런데 그 구속영장청구서(서울남부지방법검찰청 제2018-370호)의 '변호인'란에는 아무런 기재가 없다.

④ 2018. 3. 28. 10:30 서울남부지방법원 판사는 피고인에 대한 구속영장 청구를 심사하기 위하여 피의자신문을 하였다. 당시 변호인으로서는, 앞서 본 공소외 1 변호사가 아니라 국선변호인인 공소외 2 변호사가 참여하였다(피의자신문 도중 피고인이 중국 영사관에 체포와 구속영장 청구사실을 통지하고 영사접견 기회를 달라고 희망하여, 그 절차를 위해 휴정하였다가 2018. 3. 28. 15:00 속개되었는데, 계속하여 국선변호인이 참여하였다).

⑤ 위와 같은 피의자신문 결과, 피고인은 2018. 3. 28. 21:05경 서울남부지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의해 구속되었다.

⑥ 피고인은 2018. 10. 25. 이 법원 제3회 공판기일에서, 피의자신문 직전에 면담한 변호인은 자신이 선임한 변호사가 아니었는데, 외국인인 자기는 절차를 잘 몰라서 (원래) 절차를 그렇게 하는 줄 알고 사선변호인의 선임 사실을 말하지 않았다는 취지로 진술하였다.

위 ① 내지 ⑥과 같은 사실관계를 종합하면, 구속영장 청구 당시에 피고인이 선임한 변호인의 존재가 구속영장청구서에 기재되지 않은 결과, 구속영장 청구를 받은 법원으로서 피고인에게 달리 선임된 변호인이 없다고 생각하여 직권으로 국선변호인을 선정하였고, 그와 같이 선정된 국선변호인의 참여 아래 피의자신문 절차가 이루어졌던 것으로 보인다.

2) 관계 법령

헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

"라고 정하면서, 그 단서에서 "다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

"라고 규정하고 있다.

한편 형사소송법(이하 '법'이라고만 한다) 제30조 제1항은 "피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

"라고 정한다.

그리고 법 제201조의2 제3항은, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구받은 판사는 즉시 "검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

"라고, 같은 조 제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

"라고 각 규정한다.

나아가 형사소송규칙(이하 '규칙'이라고만 한다)에 따르면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구는 반드시 서면, 즉 구속영장 청구서에 의하여야 한다(규칙 제93조 제1항). 그리고 구속영장의 청구서에는, "피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명"을 기재하여야 한다(규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호). 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의20 제1항). 피의자신문에 참여할 변호인은 원칙적으로, 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(규칙 제96조의21 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의16 제4항).

3) 이 사건에 적용되는 법리와 그 이유

위와 같은 관계 법령의 문언과 그 체계, 입법 취지 및 규범의 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사로서는 구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자신문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 2)항 기재 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자신문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자신문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된

피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있는 것이 된다. 이러한 피의자심문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항이 정하는 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다고 봄이 마땅하다.

이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자심문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자심문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그 이유는 아래 가)~바)항과 같다.

가) 변호인 조력권의 헌법상 의미

헌법 제12조 제4항 본문이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다'라고 규정한 것은, 기본적으로 체포·구금된 피의자·피고인이 사선변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장한 것으로 해석된다.

변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인을 선임하는 권리이다.

한편 같은 항 단서에서는 '다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

'라고 정함으로써 이와 별도로 국선변호인 제도의 헌법적 근거를 마련하고 있다.

그러므로 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 헌법 규정의 문언과 그 체계, 의미 등을 살펴보면, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령(本領)은 피의자(피고인) 본인이 자신의 의사에 기하여 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리, 즉 사선변호인의 조력을 받을 권리라고 봄이 타당하다.

그러므로 체포된 피의자가 스스로 선임한 변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 되었다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 된다.

피의자 등에게 변호인 선임의 권리를 규정한 법 제30조 제1항은, 위와 같이 사선변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 형사소송법 차원에서 다시 확인하거나 이를 구체화한 것으로 보아야 한다.

그 밖에 체포된 피의자가 변호사를 지정(지명)하여 교도소장 등에게 그 선임을 의뢰하는 경우 교도소장 등이 지체 없이 해당 변호사에게 그 취지를 통지하도록 한 법 제200조의6, 제90조 역시, 신체의 자유가 제한되어 체포 상태에 있는 피의자가 스스로 자신의 변호인을 선임하려는 시도에 협조하려는 데 그 입법 취지가 있다.

나) 국선변호의 의미와 변호인 조력권

국선변호제도는 변호인의 조력을 받기를 원하지만 경제적인 이유 등으로 조력을 받을 수 없는 사람을 위하여 마련된 제도로써 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 기능하도록 한다.

헌법이나 형사소송법이 정하는 국선변호의 요건에 해당하여 국선변호인이 선정되었다면, 그와 같은 국선변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리나 국선변호인이 그 변호를 위해 가지는 절차적 권리는 사선변호인이 선임된 경우와 다를 것이 없다.

그런데 국선변호에 대해서는, 위 헌법 조항의 문언 자체에서도 '다만 변호인을 스스로 구할 수 없을 때' 비로소 국선변호인을 붙인다는 취지로 정하고 있다.

위 조항 단서는 본문과 달리 국선변호인으로부터 조력을 받을 대상자를 '형사피고인'으로 한정하고 '법률이 정하는 바에 따라' 국선변호인을 선정한다는 취지로 규정하고 있기도 하다.

따라서 형사피고인에 대한 국선변호는 헌법상의 기본권인 반면, 형사피의자에 대한 국선변호는 법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항이 정하는 바에 따라 피의자가 체포·구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상 권리로서, 헌법에 의해 당연히 보장·파생되는 헌법상 권리라고 볼 수는 없다.

그러므로 헌법상 보장되는 기본권인 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해·박탈당한 체포 피의자에게, 형사소송법의 차원에서 규정된 국선변호가 제공되었다고 하여 위와 같은 헌법적 기본권의 침해가 정당화된거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

더구나 사선변호인을 선임한 피의자는 특별한 사정이 없는 이상헌법 제12조 제4항 단서가 정하는 '스스로 변호인을 구할 수 없을 때', 또는 법 제201조의2 제8항이 정하는 '변호인이 없는 때'라는 국선변호인의 선정 요건에 해당하지 않는다.

그런데 이미 선임된 사선변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인에게 심문기일·장소를 통지하지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선변호인이 피의자심문에 참여하였다면, 형사소송법 자체의 해석론에 의하더라도 위와 같은 피의자심문 절차가 적법하다고 볼 수 없다.

다) 피의자심문 절차에서 사선변호인 조력권이 가지는 중요성

수사기관의 구속은, 피의자의 신병을 강제로 확보한 상태에서 피의자신문의 방식으로 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하기 위한 대인적 강제수사의 일종이다.

다만 이는 헌법상 기본권인 신체의 자유에 대하여 중대한 제한을 가하는 것이기 때문에, 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니"한다거나(제12조 제1항), "구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

"(제12조 제3항)라는 등 구속에 관해 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그와 같은 헌법의 정신을 실질적으로 구현하기 위해 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 현행 법 제201조의2 제1항 본문은 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.

"라고 정함으로써 전면적·필요적인 피의자심문 절차, 즉 수사기관으로부터 독립된 법관에 의한 영장실질심사를 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 체포 상태에서 구속영장이 청구된 피의자에게는, 통상 여러 단계로 이루어지는 각종 형사사법절차 중 다른 어떤 절차에 비하더라도(경우에 따라서는 오히려 공소의 제기 이후 이루어지는 공판절차보다도), 위와 같은 피의자심문 단계가 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때라고 보아야 한다.

앞서 본 대로 형사소송규칙에서 변호인이 피의자심문 시작 전에 피의자와 접견하거나 구속영장청구서 등을 열람할 수 있는 권리를 정함과 아울러 피의자가 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다는 취지를 명시한 것은, 변호인의 활동을 충분히 보장함으로써 피의자에게 가장 중요한 의미를 가지는 피의자심문 단계에서 실질적인 법적 조력이 제공되도록 하는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

그러므로 피의자가 수사 과정에서 선임한 변호인이 설령 구속영장의 청구 이전에 여러 변호활동을 펼쳤다 하더라도(예컨대 수사기관에 피의자를 위한 의견서를 제출하거나, 수사기관의 피의자신문에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다), 정작 체포된 피의자의 구금 여부가 결정되는 피의자신문 기일의 일시·장소 등을 통지받지 못해 판사가 진행하는 심문절차에서 변호활동을 할 기회를 원천적으로 봉쇄당한 채 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌다면, 피의자는 자신이 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리 중에서도 핵심적·본질적 부분을 침해당한 것으로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 피의자신문의 중요성이나 의미, 구속영장이 청구된 체포 피의자의 지위나 그 심문절차가 피의자에게 미치는 영향, 미리 선임된 사선변호인과 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간 차이 등을 종합하면, 피의자가 그 자신이 선임한 변호인 대신 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 조력을 받고 국선변호인의 참여 아래 피의자신문에 임하였다는 사정만으로는, 위와 같은 피의자의 헌법상 기본권에 대한 침해가 정당화된거나 그 절차적 흠결이 상쇄된다고 할 수 없다.

라) 체포된 피의자를 조력할 사선변호인의 권리

한편 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은, 피의자(피고인)를 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미한다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부 결정 등 참조). 변호인의 “조력을 받을” 피구속자의 권리는 피구속자를 “조력할” 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 되므로, “조력을 받을 피구속자의 기본권”과 표리의 관계에 있는 “피구속자를 조력할 변호인의 권리” 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부 결정 참조).

따라서 체포된 피의자가 선임한 변호인에게 구속영장의 발부 여부를 결정할 피의자신문기일이 통지되지 않음으로써 그 변호인이 피의자신문에 출석하지 못하고 그 심문을 대비하는 변호활동을 할 기회도 상실하였다면, 이로써 피의자 본인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라, 피의자가 선임한 당해 변호인이 피의자를 조력할 변호인으로서의 권리 역시 침해당하였다고 보아야 한다.

마) 사선변호인 성명 기재 규정의 의미

위와 같이 체포된 피의자에 대한 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여 실무적으로는, 구속영장청구서에 피의자가 선임한 변호인의 존재가 나타나야 한다.

이를 위해 마련된 규칙 제93조 제1항, 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정은, 반드시 서면에 의하여 구속영장이 청구되어야 하고, 그와 같은 구속영장청구서에 ‘피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명’을 ‘기재하여야 한다’라는 법적 의무를 부과하는 형식으로 구성되어 있다.

나아가 위와 같은 변호인 조력권의 헌법적 지위나 그 보장의 필요성, 피의자신문 절차의 중요성과 그 의미 등에 비추어 볼 때, 피의자 스스로 선임한 변호인이 있을 경우 그 변호인의 성명은 단지 구속영장청구서가 공문서로서의 형식을 갖추기 위해 기재되어야 하는 임의적·무의적 기재사항에 불과하다고 볼 수 없으며, 이는 간과되어서는 안 될 필요적 기재사항으로 해석함이 타당하다.

구속영장 청구를 받은 판사는 피의자의 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하거나(법 제201조의2 제3항), ‘변호인이 없는 때’에는 직권으로 변호인을 선정(법 제201조의2 제8항)해야 하는데, 이때 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되어 있는지 여부는, 해당 피의자가 ‘변호인이 없는 때’에 해당하는지 여부, 이에 따라 해당 피의자의 사선변호인에게 심문기일을 통지할지 아니면 직권으로 국선변호인을 선정할 것인지 여부 등을 판단하는 바로미터의 역할

을 하기 때문이다.

바) 기존 판례와의 비교

한편 대법원은 일찍이, '법 제282조의 필요적 변호사건에 있어서 선임된 사선변호인에 대한 기일통지를 하지 아니함으로써 사선변호인의 출석 없이 제1회 공판기일을 진행하였더라도 그 공판기일에 국선변호인이 출석하였다면 변호인 없이 재판한 잘못이 있다 할 수 없고, 또한 사선변호인이 제2회 공판기일부터는 계속 출석하여 변호권을 행사하였다면 사선변호인으로부터의 변호를 받을 기회를 박탈하였다거나 사선변호인의 변호권을 제한하였다 할 수 없다'라는 취지로 판단하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1571 판결 참조). 그러나 이는, 필요적 변호사건에서 '변호인 없이 개정하지 못한다'거나 이 경우 '변호인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다'는 법 제282조, 제283조의 해석론이 문제 된 사안에 대한 판결로서 이 사건과는 그 적용법조가 상이하다.

나아가 단 1회 그것도 구속영장 청구 다음 날까지 실시되어야 하는 체포 피의자에 대한 피의자신문의 경우와 달리, 여러 번에 걸쳐 공판이 진행되었고 그중 한 번의 공판기일을 제외한 나머지 공판기일에서는 사선변호인의 변호권 행사가 있었던 사안에 대한 판결로 보인다.

따라서 위 대법원판결은 이 사건에 원용할 것이 아니다.

4) 이 사건 피의자신문과 구속의 위법 여부 등(원심판단의 당부)

위 2), 3)항 기재와 같은 법령·법리에 비추어 이 사건을 살펴본다.

피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 그 구속영장청구서에는 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않았다.

이로 인해 법 제201조의2 제3항과 달리 피의자신문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않았다.

이 때문에 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문에 임하였다.

그와 같은 피의자신문 절차에는, 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있다.

나아가 위 변호인으로서도 피의자신문 기일 등을 통지받지 못함으로써, 규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항이 정하는 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 법 제201조의2 제4항과 같이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당하였다.

이와 같이 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법한 것이 된다.

당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그러므로 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서(2018. 3. 30.자)는 법 제308조의2가 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 증거로 쓸 수 없다.

이와 달리, 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌으므로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하여, 위와 같은 피의자신문 결과 이루어진 구속을 통해 수집된 증거인 위 조서를 증거로 채택하고 이를 유죄의 증거로 거시한 원심의 조치에는, 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다.

소결론(항소이유의 당부)

1) 그러나 위법한 구속을 통해 수집되었으므로 증거로 쓸 수 없는 위 조서에 관계되는 사정은 아래 제5의 가. 5)항에 한정된다.

위와 같은 위법한 구속과 관계없이 그 이전인 통제배달 단계 또는 체포·압수 단계에서 수집된 증거들, 즉 아래 제5의 가. 1)~4)항 및 6), 7)항에 기재된 이 사건 소포의 형상 및 기재, 통제배달을 전후한 피고인의 언동, 위챗 메신저상의 대화 내용 등의 증거들은 유죄의 증거로 사용함에 지장이 없다.

2) 이 사건에서는 위 1)항 기재와 같은 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 데에 충분하다고 판단한다

따라서 위 나.의 4)항 기재와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다(변호인은 항소이유서를 통해 '피고인에 대한 구속이 위법하다'는 취지로만 주장하였다).

이 주장은 결국, 위법한 구속으로 수집된 증거는 그 증거능력이 없으므로 유죄를 인정한 원심판결 결과가 잘못되었다는 취지라고 이해된다.

그러나 위법한 구속 상태에서 수집한 증거를 제외한 나머지 증거들만으로도 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 원심판결의 결과가 잘못되었다는 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다).

5. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은 아래 1) 내지 8) 기재와 같은 이유 등을 들어, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 휴대폰을 수입하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다[앞서 제4항에서 본 대로, 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력이 없어 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

따라서 위 조서에 관계되는 아래 5)항 기재와 같은 원심의 추론·판단은 부당하다는 점을 미리 지적하여 둔다].

1) 이 사건 소포의 수취인 성명으로 기재된 이름은 '○○ ○○○○'으로 피고인 이름과 전혀 다르다.

그런데 피고인은 2017. 9. 13.경 두 번째 통제배달 당시 17:18경 집배원과 통화를 하면서 자신이 '○○ ○○○○(△△)'이라고 말하였다(증거기록 109쪽). 피고인은 2017. 9. 9.과 위 날짜에 우체국 콜센터 직원과 통화할 때도 마찬가지로 자신을 '○○ ○○○○'이라 말하였다.

증거기록 184쪽). 그러다가 17:50경 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 이름을 부르며 우편물의 배달을 시도한 이후 시점인 17:56경 집배원으로부터 재차 전화를 받았을 때 피고인은 자신을 ○○ ○○○○의 친구라고 하여 말을 바꾸었다(증거기록 113쪽). 피고인은 이후 17:59경에는 다시 집배원에게 전화를 걸어 소포를 그냥 옥상에 놓아 두면 된다고 말하면서 직접 수령하는 것을 피하였다(증거기록 115쪽).

2) 이 사건 소포의 수취지인 서울 영등포구 (주소 생략)는 피고인이 자신의 집과 번갈아 가며 거주하였던 피고인 여자친구의 집 주소이다.

수취인의 전화번호로 기재된 (전화번호 1 생략)도 피고인이 아버지 공소외 3(영문성명 2 생략) 명의로 가입하여 사용하고 있던 (전화번호 2 생략)과 유사하여 그에 대한 오기로 볼 여지가 충분하다(증거기록 15, 126쪽).

3) 피고인은 검찰에서, 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 수취지 주변에서 '○○ ○○○○'의 이름을 부르는 것을 보고 현장을 이탈하던 중 세관직원의 질문을 받자 곧바로 도주한 사실을 인정하였다.

소포를 배달할 때 집배원이 2명이나 되는 경우는 이례적이라는 사정을 고려할 때, 피고인은 자신의 범행이 발각되었음을 눈치채고 도주한 것으로 보인다.

4) 피고인은 위와 같이 2회에 걸친 통제배달 시에는 소포를 수령하지 않거나 오히려 적극적으로 수령을 회피하는 태도를 보였다.

반면 2017. 9. 9.에는 5회, 2017. 9. 12.에는 2회, 2017. 9. 13.에는 1회에 걸쳐 우체국 콜센터 직원에게 전화해, 이 사건 소포의 배달에 대한 독촉을 반복하였다.

이와 같이 피고인이 보인 행동은, 피고인이 이 사건 소포 안에 들어있는 필로폰의 존재를 들키지 않으려는 것이었다고 보인다.

이에 대해 피고인은 위 소포를 받기로 한 이후 2017. 9. 13. 통제배달이 이루어지기 직전에 태국 여자친구 '□□'로부터 필로폰이 들어있다는 사정을 들어 알게 되었기 때문에 소포의 수령을 꺼렸던 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 '□□'가 배달기간 중에는 필로폰의 존재를 함구하다가 위 시점에 비로소 그에 대해 이야기했다는 것은 설득력이 떨어진다.

뿐만 아니라, 경험칙상 피고인이 뒤늦게 필로폰의 존재를 알게 되었고 그것이 자신과는 관련이 없는 물건이었다면, 오해가 생기는 것을 피하기 위해 우체국으로부터의 연락을 피하는 것이 타당하다.

그럼에도 피고인은 위 일자경 집배원으로부터 계속 전화를 받는 한편 우체국 콜센터에도 두 차례나 스스로 전화해 우편물에 대하여 문의하였다.

피고인은 '□□'가 피고인에게 필로폰의 존재를 뒤늦게 말한 까닭에 대해서도 제대로 해명하지 못했다(증거기록 294쪽).

5) 피고인은 검찰 2회 피의자신문에서 '□□'의 인적 사항에 대해서 묻는 검사의 질문에 구체적인 답변을 하지 못하였다

다른 한편 피고인은 위 조사 당시 ① '□□'가 보내는 음식이 무엇인지에 대해서 별로 궁금하지 않았고, ② 2017. 9. 13.경 '□□'가 자신에게 한국에 있다고 말했으나 구체적으로 어디에 있는지는 몰랐다고 진술하였다(증거기록 344, 345쪽). 위 ①의 진술 내용은 피고인이 2017. 9. 9.부터 9. 13.까지 지속적으로 우체국 콜센터에 소포 수령에 대해 문의하였던 것과 모순되고, 위 ②의 진술 내용도 평소 1달에 1, 2번 정도 만나서 식사를 하고 잠을 자기도 하는 관계였다는 피고인의 진술 내용과 부합한다고 볼 수 없다.

피고인은 위와 같이 '□□'와 상당히 친밀한 사이라고 하면서도 '□□'의 위챗 아이디조차 알지 못한다고도 진술하였던 반면(증거기록 347쪽), '□□'는 피고인이 기거하고 있는 당시의 여자친구 집 주소까지 알고 이를 소포의 수취정보로 입력하였다는 것이어서 진술이 서로 맞지 않는다.

피고인은 '□□'가 한국에 있었다면 왜 □□가 직접 물건을 받지 않고 굳이 피고인에게 대신 받아달라고 한 것인지 이유를 묻는 검사의 질문에 대해서도 수긍할 만한 답변을 하지 못하였다.

6) 피고인은 2014. 4. 중순경 ~ 2014. 5. 2. 사이에 여자친구 공소외 4 등과 공모하여 필로폰을 매매하였다는 피의사실로 기소중지(지명수배)된 상태이다(서울중앙지방법검찰청 2015년 형제43085호). 위 사건에서 공소외 4가 피고인의 범행가담 사실을 진술한 것으로 보이고(증거기록 97쪽 이하, 241쪽), 공소외 4는 위 범행으로 인해 이미 형사처벌을 받았다(증거기록 309쪽 이하).

7) 피고인의 휴대폰에 대한 포렌식 분석 결과, 피고인이 위챗 메신저상에서 아이디 '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'를 사용하는 불상의 인물과 2018. 3. 22.경 필로폰에 관한 내용으로 추정되는 대화를 나눈 사실을 확인할 수 있다.

위 대화방에는 필로폰으로 보이는 물체를 촬영한 사진도 게시되었다(수사기록 359쪽 이하).

8) 피고인은 스스로 필로폰을 수회 투약한 경험이 있다고 진술하였다(수사기록 294쪽). 검찰 1회 피의자신문 당시 피고인이 임의제출한 피고인의 모발에서 필로폰이 검출되었다(증거기록 356쪽). 다른 한편 피고인은 체포 직후에는 특별한 사정이 없었음에도 소변과 모발의 임의제출을 거부하였다(증거기록 265쪽).

나. 이 법원의 판단

변호인은 이 법원에 이르러, 위와 같이 원심이 든 증거들은 피고인이 필로폰을 국내에 '운반'했다는 증거는 될지언정 이를 '구매'했다는 증거가 될 수 없다거나, 위 가.의 6)~8)항 기재 증거 내지 사정들을 유죄의 근거로 삼는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 대로 필로폰의 '수입'이라는 구성요건은 우리나라 영토 내에 필로폰을 반입하는 행위를 함으로써 충족되고, 이와 별도로 해당 필로폰을 구매 또는 구입하였다는 점까지 합리적 의심 없이 증명되어야 한다고 볼 수 없다.

② 위 가.의 6)~8)항 기재 사정들, 즉 피고인에게 필로폰 양성 반응이 검출되었거나 피고인이 필로폰 매매 혐의로 기소 중지되었고 이 사건 범행 이후 '위챗' 메신저로 필로폰에 관한 대화가 있었다는 등의 사정들은, 위 가.의 1)~4)항 기재와 같은 주요 증거들을 뒷받침하는 간접사실 내지 정황을 설시한 데에 불과하다.

따라서 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한도를 벗어났다거나, 무죄추정의 원칙을 위배한 것이라고 할 수 없다.

결국, 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

변호인의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

6. 결론

지금까지 살펴본 대로, 피고인(변호인)의 법리오해·사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

다만 이에 대해서는 제2항에서 본 대로 공소장변경에 따른 직권 파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 법리오해 주장

가) 이 사건 공소사실은 피고인이 필로폰을 언제, 어디에서, 어떻게 '구매' 내지 '구입'하였는지에 대하여 기재하지 않았다.

그런데 이 사건 적용법조가 정하는 범죄행위인 '수입'은 마약류를 '구입'하여 국내로 반입하는 것을 그 구성요건으로 한다.

따라서 이 사건 공소사실은 필로폰 수입(輸入) 범죄의 중요 구성요건에 대해 그 범죄사실을 특정하지 않은 것으로서 위법하다.

나) 헌법 제12조 제4항은 사선변호인의 조력을 받을 권리를 우선하고 보조적·예외적으로 국선변호인의 조력을 받을 권리를 규정한다.

그럼에도 검찰은 검사의 피의자신문에 참여했던 사선번호인에게 구속영장 청구에 따른 피의자신문 일정을 고지하지 않았다.

이에 따라 피고인은 사선번호인의 참여 없이 국선번호인만 참여한 가운데 이루어진 피의자신문 결과 구속되었다. 이와 같은 구속은 위법하다.

2) 사실오인 주장

검사 제출 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적 의심 없이 증명된 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3) 양형부당 주장

피고인에게 선고된 형량(징역 3년 및 몰수)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 피고인에게 선고한 위 형량은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 공소장변경에 따른 직권 판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

검사는 이 법원에 이르러 다음과 같이 공소장을 변경하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 4행 '...숨겨 우편물 박스에 넣은 다음'과 '태국발 인천행 타이항공 항공기편에...' 사이에, "수취인은 가상의 인물인 '○○ ○○○○'으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 '서울 영등포구 (주소 생략)'로 각 기재한 다음"을 추가한다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 5행 '2018. 9. 8.'을 '2017. 9. 8.'로 고친다.

이 법원은 2018. 9. 4. 제2회 공판기일에서 위와 같은 공소장변경을 허가하였다.

이에 따라 그 심판대상이 변경된 이상, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권 파기사유가 있음에도 불구하고 제1의 가. 1), 2)항 기재와 같은 피고인의 범리오해·사실오인 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 된다.

따라서 이에 대하여 아래에서 먼저 살펴본다.

아래 제3항은 제1의 가. 1) 가)항 기재와 같은 공소사실 특정과 관련된 범리오해 주장, 제4항은 제1의 가. 1) 나)항 기재와 같은 변호인 조력권 침해와 관련된 범리오해 주장, 제5항은 제1의 가. 2)항 기재와 같은 사실오인 주장에 각 대응하는 판단에 해당한다.

3. 공소사실 특정과 관련된 피고인의 범리오해 주장에 대한 판단

가. 변경된 공소사실과 변호인의 주장

1) 위와 같이 변경된 이 사건 공소사실은 다음과 같다.

"피고인은 중국 국적의 외국인으로, 마약류취급자가 아니므로 향정신성의약품인 메트암페타민(이하 '필로폰'이라 한다)을 취급해서는 아니 된다.

피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고, 위 성명불상의 마약 판매책은 2017. 9. 초순경 태국 이하 불상지에서 필로폰 약 8.37g을 비닐지퍼백에 넣고 과자 봉지 사이에 숨겨 우편물 박스에 넣은 다음 수취인은 가상의 인물인 '○○ ○○○○'으로, 수취인의 주소는 피고인

이 거주하던 '서울 영등포구 (주소 생략)'로 각 기재한 다음 태국발 인천행 타이항공 항공기편에 국제특급우편 형식으로 발송하여 2017. 9. 8. 09:09경 위 필로폰 약 8.37g을 인천공항에 도착하게 하였다.

이로써 피고인은 필로폰 약 8.37g을 수입하였다.

”

2) 그중 “피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고”라는 부분, 즉 ‘구입’의 경위가 제대로 기재되어 있지 않다는 것이 변호인의 주장인 것으로 보인다.

나. 판단

이 사건의 적용법조인 마약류 관리에 관한 법률(이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제58조 제1항 제6호는 “제4조 제1항을 위반하여 제2조 제3호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자”를 처벌하고, 같은 법 제4조 제1항은 “마약류취급자가 아니면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

”라고 하면서(본문), 필로폰 등의 마약(향정신성의약품)을 “소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위”를 그 구성요건으로 규정하고 있다.

구 향정신성의약품관리법(현재의 마약류관리법에 준한다)이 정한 향정신성의약품의 ‘수입’은 그 목적이나 의도에 관계 없이 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토 내로 양륙하는 등으로 반입하는 행위를 뜻한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결 등 참조). 여기서 ‘수입’이라 함은 향정신성의약품을 외국 등의 지역으로부터 운반하여 그것을 우리나라의 영토 내로 반입할 때까지의 모든 행위를 가리키는 것은 아니고, 그 최종단계인 영토 내의 반입행위만을 가리키는 것으로 해석된다.

따라서 행위자가 해당 마약류를 국외에서 유상으로 ‘구매’ 또는 ‘구입’하지 않았더라도, 그 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토에 반입하는 행위를 한 이상 ‘수입’의 구성요건은 충족된다고 보아야 한다.

마약류관리법이 마약·향정신성의약품 등의 오용·남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조)는 입법 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

비록 수입(輸入)의 사전적 의미가 ‘다른 나라로부터 상품이나 기술 따위를 국내로 사들임’이라고 하더라도, 통상적인 상품·기술 등과 달리 마약이나 향정신성의약품을 ‘사들이는’ 행위 자체가 절대적으로 불법화되어 있다는 점 등을 고려하면, 위와 같은 사전적 의미를 그대로 따를 수는 없다.

한편 마약류관리법이 정하는 또다른 구성요건인 ‘운반’은 마약류를 장소적으로 이전하는 행위를 뜻하는 것으로, 운반이 유상인가 무상인가는 그 성립에 영향이 없다.

이와 같이 ‘수입’이라는 행위의 본질은 어디까지나 ‘영토 내의 반입행위’라고 해석되는 한편, 이 사건 공소사실은 ‘구입’의 상대방(태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자), ‘구입’의 대상(필로폰 약 8.37g), ‘구입’의 시기(2017. 9.경)가 가능한 범위 내에서 특정되어 있다.

따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 일시, 장소, 방법의 기재를 필요로 한 정도에 반하지 않거나, 위와 같은 세 가지 요소의 개괄적 표시가 부득이한 경우에 해당한다.

그러므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제327조 제2호가 정하는 ‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 공소사실이 특정되지 않아 공소기각 사유에 해당한다는 취지인 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4. 변호인 조력권 침해와 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

변호인은 원심에서도 구속영장 청구에 따른 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 피고인의 사선변호인에게 피의자신문의 사실 및 그 일시·장소를 통지하는 책임은 기본적으로 법원에 있기는 하나, 법원으로서의 사선변호인 선임 사실을 알지 못한 상태에서 피의자신문에 앞서 피고인에게 국선변호인을 선정하였고 그 변호인의 참여하에 심문이 이루어진 이상 단지 사선변호인이 참석하지 못하였다는 사정만으로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하여, 변호인의 위 주장을 배척하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 없다.

1) 인정되는 소송법적 사실관계

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인은 2018. 3. 26. 18:04 이미 발부되었던 체포영장에 기하여 서울남부지방법검찰청 수사관에게 체포되었다.
 - ② 다음 날인 2018. 3. 27. 10:00부터 15:15까지 피고인에 대한 검사의 피의자신문이 있었다.
- 피고인이 선임한 변호인인 공소외 1 변호사는 2018. 3. 27. 10:00경 변호인선임계를 검찰에 제출하고 위 피의자신문 절차에 참여하였다.
- ③ 검사는 2018. 3. 27. 19:05경 피고인에 대한 구속영장을 서울남부지방법원 판사에게 청구하였다.
- 그런데 그 구속영장청구서(서울남부지방법검찰청 제2018-370호)의 '변호인'란에는 아무런 기재가 없다.
- ④ 2018. 3. 28. 10:30 서울남부지방법원 판사는 피고인에 대한 구속영장 청구를 심사하기 위하여 피의자신문을 하였다.
- 당시 변호인으로서는, 앞서 본 공소외 1 변호사가 아니라 국선변호인인 공소외 2 변호사가 참여하였다(피의자신문 도중 피고인이 중국 영사관에 체포와 구속영장 청구사실을 통지하고 영사접견 기회를 달라고 희망하여, 그 절차를 위해 휴정하였다가 2018. 3. 28. 15:00 속개되었는데, 계속하여 국선변호인이 참여하였다).
- ⑤ 위와 같은 피의자신문 결과, 피고인은 2018. 3. 28. 21:05경 서울남부지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의해 구속되었다.
 - ⑥ 피고인은 2018. 10. 25. 이 법원 제3회 공판기일에서, 피의자신문 직전에 면담한 변호인은 자신이 선임한 변호사가 아니었는데, 외국인인 자기는 절차를 잘 몰라서 (원래) 절차를 그렇게 하는 줄 알고 사선변호인의 선임 사실을 말하지 않았다는 취지로 진술하였다.

위 ① 내지 ⑥과 같은 사실관계를 종합하면, 구속영장 청구 당시에 피고인이 선임한 변호인의 존재가 구속영장청구서에 기재되지 않은 결과, 구속영장 청구를 받은 법원으로서의 피고인에게 달리 선임된 변호인이 없다고 생각하여 직권으로 국선변호인을 선정하였고, 그와 같이 선정된 국선변호인의 참여 아래 피의자신문 절차가 이루어졌던 것으로 보인다.

2) 관계 법령

헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

"라고 정하면서, 그 단서에서 "다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

"라고 규정하고 있다.

한편 형사소송법(이하 '법'이라고만 한다) 제30조 제1항은 "피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

"라고 정한다.

그리고 법 제201조의2 제3항은, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구받은 판사는 즉시 "검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

"라고, 같은 조 제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

"라고 각 규정한다.

나아가 형사소송규칙(이하 '규칙'이라고만 한다)에 따르면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구는 반드시 서면, 즉 구속영장 청구서에 의하여야 한다(규칙 제93조 제1항). 그리고 구속영장의 청구서에는, "피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명"을 기재하여야 한다(규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호). 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의20 제1항). 피의자심문에 참여할 변호인은 원칙적으로, 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(규칙 제96조의21 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의16 제4항).

3) 이 사건에 적용되는 법리와 그 이유

위와 같은 관계 법령의 문언과 그 체계, 입법 취지 및 규범의 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사로서는 구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자심문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피의자심문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 2)항 기재 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자심문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자심문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있는 것이 된다. 이러한 피의자심문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항이 정하는 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다고 봄이 마땅하다.

이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자심문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자심문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그 이유는 아래 가)~바)항과 같다.

가) 변호인 조력권의 헌법상 의미

헌법 제12조 제4항 본문이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다'라고 규정한 것은, 기본적으로 체포·구금된 피의자·피고인이 사선변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장한 것으로 해석된다.

변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인을 선임하는 권리이다.

한편 같은 항 단서에서는 '다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

'라고 정함으로써 이와 별도로 국선변호인 제도의 헌법적 근거를 마련하고 있다.

그러므로 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 헌법 규정의 문언과 그 체계, 의미 등을 살펴보면, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령(本領)은 피의자(피고인) 본인이 자신의 의사에 기하여 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리, 즉 사선변호인의 조력을 받을 권리라고 봄이 타당하다.

그러므로 체포된 피의자가 스스로 선임한 변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 되었다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 된다.

피의자 등에게 변호인 선임의 권리를 규정한 법 제30조 제1항은, 위와 같이 사선변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 형사소송법 차원에서 다시 확인하거나 이를 구체화한 것으로 보아야 한다.

그 밖에 체포된 피의자가 변호사를 지정(지명)하여 교도소장 등에게 그 선임을 의뢰하는 경우 교도소장 등이 지체 없이 해당 변호사에게 그 취지를 통지하도록 한 법 제200조의6, 제90조 역시, 신체의 자유가 제한되어 체포 상태에 있는 피의자가 스스로 자신의 변호인을 선임하려는 시도에 협조하려는 데 그 입법 취지가 있다.

나) 국선변호의 의미와 변호인 조력권

국선변호제도는 변호인의 조력을 받기를 원하지만 경제적인 이유 등으로 조력을 받을 수 없는 사람을 위하여 마련된 제도로써 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 기능하도록 한다.

헌법이나 형사소송법이 정하는 국선변호의 요건에 해당하여 국선변호인이 선정되었다면, 그와 같은 국선변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리나 국선변호인이 그 변호를 위해 가지는 절차적 권리는 사선변호인이 선임된 경우와 다를 것이 없다.

그런데 국선변호에 대해서는, 위 헌법 조항의 문언 자체에서도 '다만 변호인을 스스로 구할 수 없을 때' 비로소 국선변호인을 붙인다는 취지로 정하고 있다.

위 조항 단서는 본문과 달리 국선변호인으로부터 조력을 받을 대상자를 '형사피고인'으로 한정하고 '법률이 정하는 바에 따라' 국선변호인을 선정한다는 취지로 규정하고 있기도 하다.

따라서 형사피고인에 대한 국선변호는 헌법상의 기본권인 반면, 형사피의자에 대한 국선변호는 법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항이 정하는 바에 따라 피의자가 체포·구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상 권리로서, 헌법에 의해 당연히 보장·파생되는 헌법상 권리라고 볼 수는 없다.

그러므로 헌법상 보장되는 기본권인 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해·박탈당한 체포 피의자에게, 형사소송법의 차원에서 규정된 국선변호제가 제공되었다고 하여 위와 같은 헌법적 기본권의 침해가 정당화된거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

더구나 사선변호인을 선임한 피의자는 특별한 사정이 없는 이상헌법 제12조 제4항 단서가 정하는 '스스로 변호인을 구할 수 없을 때', 또는 법 제201조의2 제8항이 정하는 '변호인이 없는 때'라는 국선변호인의 선정 요건에 해당하지 않는다.

그런데 이미 선임된 사선변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인에게 심문기일·장소를 통지하지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선변호인이 피의자심문에 참여하였다면, 형사소송법 자체의 해석론에 의하더라도 위와 같은 피의자심문 절차가 적법하다고 볼 수 없다.

다) 피의자심문 절차에서 사선변호인 조력권이 가지는 중요성

수사기관의 구속은, 피의자의 신병을 강제로 확보한 상태에서 피의자신문의 방식으로 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하기 위한 대인적 강제수사의 일종이다.

다만 이는 헌법상 기본권인 신체의 자유에 대하여 중대한 제한을 가하는 것이기 때문에, 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니"한다거나(제12조 제1항), "구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

"(제12조 제3항)라는 등 구속에 관해 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그와 같은 헌법의 정신을 실질적으로 구현하기 위해 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 현행 법 제201조의2 제1항 본문은 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.

"라고 정함으로써 전면적·필요적인 피의자심문 절차, 즉 수사기관으로부터 독립된 법관에 의한 영장실질심사를 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 체포 상태에서 구속영장이 청구된 피의자에게는, 통상 여러 단계로 이루어지는 각종 형사사법절차 중 다른 어떤 절차에 비하더라도(경우에 따라서는 오히려 공소의 제기 이후 이루어지는 공판절차보다도), 위와 같은 피의자심문 단계가 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때라고 보아야 한다.

앞서 본 대로 형사소송규칙에서 변호인이 피의자심문 시작 전에 피의자와 접견하거나 구속영장청구서 등을 열람할 수 있는 권리를 정함과 아울러 피의자가 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다는 취지를 명시한 것은, 변호인의 활동을 충분히 보장함으로써 피의자에게 가장 중요한 의미를 가지는 피의자심문 단계에서 실질적인 법적 조력이 제공되도록 하는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

그러므로 피의자가 수사 과정에서 선임한 변호인이 설령 구속영장의 청구 이전에 여러 변호활동을 펼쳤다 하더라도(예컨대 수사기관에 피의자를 위한 의견서를 제출하거나, 수사기관의 피의자신문에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다), 정작 체포된 피의자의 구금 여부가 결정되는 피의자심문 기일의 일시·장소 등을 통지받지 못해 판사가 진행하는 심문절차에서 변호활동을 할 기회를 원천적으로 봉쇄당한 채 국선변호인의 참여하에 피의자심문이 이루어졌다면, 피의자는 자신이 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리 중에서도 핵심적·본질적 부분을 침해당한 것으로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 피의자심문의 중요성이나 의미, 구속영장이 청구된 체포 피의자의 지위나 그 심문절차가 피의자에게 미치는 영향, 미리 선임된 사선변호인과 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간 차이 등을 종합하면, 피의자가 그 자신이 선임한 변호인 대신 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 조력을 받고 국선변호인의 참여 아래 피의자심문에 임하였다는 사정만으로는, 위와 같은 피의자의 헌법상 기본권에 대한 침해가 정당화된거나 그 절차적 흠결이 상쇄된다고 할 수 없다.

라) 체포된 피의자를 조력할 사선변호인의 권리

한편 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은, 피의자(피고인)를 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미한다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부 결정 등 참조). 변호인의 "조력을 받을" 피구속자의 권리는 피구속자를 "조력할" 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 되므로, "조력을 받을 피구속자의 기본권"과 표리의 관계에 있는 "피구속자를 조력할 변호인의 권리" 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부 결정 참조).

따라서 체포된 피의자가 선임한 변호인에게 구속영장의 발부 여부를 결정할 피의자심문기일이 통지되지 않음으로써 그 변호인이 피의자심문에 출석하지 못하고 그 심문을 대비하는 변호활동을 할 기회도 상실하였다면, 이로써 피의자 본인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라, 피의자가 선임한 당해 변호인이 피의자를 조력할 변호인으로서의 권리 역시 침해당하였다고 보아야 한다.

마) 사선변호인 성명 기재 규정의 의미

위와 같이 체포된 피의자에 대한 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여 실무적으로는, 구속영장청구서에 피의자가 선임한 변호인의 존재가 나타나야 한다.

이를 위해 마련된 규칙 제93조 제1항, 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정은, 반드시 서면에 의하여 구속영장이 청구되어야 하고, 그와 같은 구속영장청구서에 '피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명'을 '기재하여야 한다'라는 법적 의무를 부과하는 형식으로 구성되어 있다.

나아가 위와 같은 변호인 조력권의 헌법적 지위나 그 보장의 필요성, 피의자심문 절차의 중요성과 그 의미 등에 비추어 볼 때, 피의자 스스로 선임한 변호인이 있을 경우 그 변호인의 성명은 단지 구속영장청구서가 공문서로서의 형식을 갖추기 위해 기재되어야 하는 임의적·무의적 기재사항에 불과하다고 볼 수 없으며, 이는 간과되어서는 안 될 필요적 기재사항으로 해석함이 타당하다.

구속영장 청구를 받은 판사는 피의자의 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하거나(법 제201조의2 제3항), '변호인이 없는 때'에는 직권으로 변호인을 선정(법 제201조의2 제8항)해야 하는데, 이때 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되어 있는지 여부는, 해당 피의자가 '변호인이 없는 때'에 해당하는지 여부, 이에 따라 해당 피의자의 사선변호인에게 심문기일을 통지할지 아니면 직권으로 국선변호인을 선정할 것인지 여부 등을 판단하는 바로미터의 역할을 하기 때문이다.

바) 기존 판례와의 비교

한편 대법원은 일찍이, '법 제282조의 필요적 변호사건에 있어서 선임된 사선변호인에 대한 기일통지를 하지 아니함으로써 사선변호인의 출석 없이 제1회 공판기일을 진행하였더라도 그 공판기일에 국선변호인이 출석하였다면 변호인 없이 재판한 잘못이 있다 할 수 없고, 또한 사선변호인이 제2회 공판기일부턴은 계속 출석하여 변호권을 행사하였다면 사선변호인으로부터의 변호를 받을 기회를 박탈하였거나 사선변호인의 변호권을 제한하였다 할 수 없다'라

는 취지로 판단하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1571 판결 참조). 그러나 이는, 필요적 변호사건에서 '변호인 없이 개정하지 못한다'거나 이 경우 '변호인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다'는 법 제282조, 제283조의 해석론이 문제 된 사안에 대한 판결로서 이 사건과는 그 적용법조가 상이하다.

나아가 단 1회 그것도 구속영장 청구 다음 날까지 실시되어야 하는 체포 피의자에 대한 피의자신문의 경우와 달리, 여러 번에 걸쳐 공판이 진행되었고 그중 한 번의 공판기일을 제외한 나머지 공판기일에서는 사선변호인의 변호권 행사가 있었던 사안에 대한 판결로 보인다.

따라서 위 대법원판결은 이 사건에 원용할 것이 아니다.

4) 이 사건 피의자신문과 구속의 위법 여부 등(원심판단의 당부)

위 2), 3)항 기재와 같은 법령·법리에 비추어 이 사건을 살펴본다.

피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 그 구속영장청구서에는 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않았다.

이로 인해 법 제201조의2 제3항과 달리 피의자신문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않았다.

이 때문에 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문에 임하였다.

그와 같은 피의자신문 절차에는, 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있다.

나아가 위 변호인으로서도 피의자신문 기일 등을 통지받지 못함으로써, 규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항이 정하는 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 법 제201조의2 제4항과 같이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당하였다.

이와 같이 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법한 것이 된다.

당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그러므로 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서(2018. 3. 30.자)는 법 제308조의2가 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 증거로 쓸 수 없다.

이와 달리, 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌으므로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하여, 위와 같은 피의자신문 결과 이루어진 구속을 통해 수집된 증거인 위 조서를 증거로 채택하고 이를 유죄의 증거로 거시한 원심의 조치에는, 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다.

소결론(항소이유의 당부)

1) 그러나 위법한 구속을 통해 수집되었으므로 증거로 쓸 수 없는 위 조서에 관계되는 사정은 아래 제5의 가. 5)항에 한정된다.

위와 같은 위법한 구속과 관계없이 그 이전인 통제배달 단계 또는 체포·압수 단계에서 수집된 증거들, 즉 아래 제5의 가. 1)~4)항 및 6), 7)항에 기재된 이 사건 소포의 형상 및 기재, 통제배달을 전후한 피고인의 언동, 위챗 메신저상의 대

화 내용 등의 증거들은 유죄의 증거로 사용함에 지장이 없다.

2) 이 사건에서는 위 1)항 기재와 같은 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 데에 충분하다고 판단한다

따라서 위 나.의 4)항 기재와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다(변호인은 항소이유서를 통해 '피고인에 대한 구속이 위법하다'는 취지로만 주장하였다).

이 주장은 결국, 위법한 구속으로 수집된 증거는 그 증거능력이 없으므로 유죄를 인정한 원심판결 결과가 잘못되었다는 취지라고 이해된다.

그러나 위법한 구속 상태에서 수집한 증거를 제외한 나머지 증거들만으로도 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 원심판결의 결과가 잘못되었다는 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다).

5. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은 아래 1) 내지 8) 기재와 같은 이유 등을 들어, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 필로폰을 수입하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다[앞서 제4항에서 본 대로, 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력이 없어 유죄의 증거로 쓸 수 없다. 따라서 위 조서에 관계되는 아래 5)항 기재와 같은 원심의 추론·판단은 부당하다는 점을 미리 지적하여 둔다].

1) 이 사건 소포의 수취인 성명으로 기재된 이름은 '○○ ○○○○'으로 피고인 이름과 전혀 다르다.

그런데 피고인은 2017. 9. 13.경 두 번째 통제배달 당시 17:18경 집배원과 통화를 하면서 자신이 '○○ ○○○○(△△)'이라고 말하였다(증거기록 109쪽). 피고인은 2017. 9. 9.과 위 날짜에 우체국 콜센터 직원과 통화할 때도 마찬가지로 자신을 '○○ ○○○○'이라 말하였다.

증거기록 184쪽). 그러다가 17:50경 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 이름을 부르며 우편물의 배달을 시도한 이후 시점인 17:56경 집배원으로부터 재차 전화를 받았을 때 피고인은 자신을 ○○ ○○○○의 친구라고 하여 말을 바꾸었다(증거기록 113쪽). 피고인은 이후 17:59경에는 다시 집배원에게 전화를 걸어 소포를 그냥 옥상에 놓아 두면 된다고 말하면서 직접 수령하는 것을 피하였다(증거기록 115쪽).

2) 이 사건 소포의 수취지인 서울 영등포구 (주소 생략)는 피고인이 자신의 집과 번갈아 가며 거주하였던 피고인 여자친구의 집 주소이다.

수취인의 전화번호로 기재된 (전화번호 1 생략)도 피고인이 아버지 공소외 3(영문성명 2 생략) 명의로 가입하여 사용하고 있던 (전화번호 2 생략)과 유사하여 그에 대한 오기로 볼 여지가 충분하다(증거기록 15, 126쪽).

3) 피고인은 검찰에서, 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 수취지 주변에서 '○○ ○○○○'의 이름을 부르는 것을 보고 현장을 이탈하던 중 세관직원의 질문을 받자 곧바로 도주한 사실을 인정하였다.

소포를 배달할 때 집배원이 2명이나 되는 경우는 이례적이라는 사정을 고려할 때, 피고인은 자신의 범행이 발각되었음을 눈치채고 도주한 것으로 보인다.

4) 피고인은 위와 같이 2회에 걸친 통제배달 시에는 소포를 수령하지 않거나 오히려 적극적으로 수령을 회피하는 태도를 보였다.

반면 2017. 9. 9.에는 5회, 2017. 9. 12.에는 2회, 2017. 9. 13.에는 1회에 걸쳐 우체국 콜센터 직원에게 전화해, 이 사건 소포의 배달에 대한 독촉을 반복하였다.

이와 같이 피고인이 보인 행동은, 피고인이 이 사건 소포 안에 들어있는 필로폰의 존재를 들키지 않으려는 것이었다고 보인다.

이에 대해 피고인은 위 소포를 받기로 한 이후 2017. 9. 13. 통제배달이 이루어지기 직전에 태국 여자친구 '□□'로부터 필로폰이 들어있다는 사정을 들어 알게 되었기 때문에 소포의 수령을 꺼렸던 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 '□□'가 배달기간 중에는 필로폰의 존재를 함구하다가 위 시점에 비로소 그에 대해 이야기했다는 것은 설득력이 떨어진다.

뿐만 아니라, 경험칙상 피고인이 뒤늦게 필로폰의 존재를 알게 되었고 그것이 자신과는 관련이 없는 물건이었다면, 오해가 생기는 것을 피하기 위해 우체국으로부터의 연락을 피하는 것이 타당하다.

그럼에도 피고인은 위 일자경 집배원으로부터 계속 전화를 받는 한편 우체국 콜센터에도 두 차례나 스스로 전화해 우편물에 대하여 문의하였다.

피고인은 '□□'가 피고인에게 필로폰의 존재를 뒤늦게 말한 까닭에 대해서도 제대로 해명하지 못했다(증거기록 294쪽).

5) 피고인은 검찰 2회 피의자신문에서 '□□'의 인적 사항에 대해서 묻는 검사의 질문에 구체적인 답변을 하지 못하였다

다른 한편 피고인은 위 조사 당시 ① '□□'가 보내는 음식이 무엇인지에 대해서 별로 궁금하지 않았고, ② 2017. 9. 13.경 '□□'가 자신에게 한국에 있다고 말했으나 구체적으로 어디에 있는지는 몰랐다고 진술하였다(증거기록 344, 345쪽). 위 ①의 진술 내용은 피고인이 2017. 9. 9.부터 9. 13.까지 지속적으로 우체국 콜센터에 소포 수령에 대해 문의하였던 것과 모순되고, 위 ②의 진술 내용도 평소 1달에 1, 2번 정도 만나서 식사를 하고 잠을 자기도 하는 관계였다는 피고인의 진술 내용과 부합한다고 볼 수 없다.

피고인은 위와 같이 '□□'와 상당히 친밀한 사이라고 하면서도 '□□'의 위챗 아이디조차 알지 못한다고도 진술하였던 반면(증거기록 347쪽), '□□'는 피고인이 기거하고 있는 당시의 여자친구 집 주소까지 알고 이를 소포의 수취정보로 입력하였다는 것이어서 진술이 서로 맞지 않는다.

피고인은 '□□'가 한국에 있었다면 왜 □□가 직접 물건을 받지 않고 굳이 피고인에게 대신 받아달라고 한 것인지 이유를 묻는 검사의 질문에 대해서도 수긍할 만한 답변을 하지 못하였다.

6) 피고인은 2014. 4. 중순경 ~ 2014. 5. 2. 사이에 여자친구 공소외 4 등과 공모하여 필로폰을 매매하였다는 피의사실로 기소중지(지명수배)된 상태이다(서울중앙지방법검찰청 2015년 형제43085호). 위 사건에서 공소외 4가 피고인의 범행가담 사실을 진술한 것으로 보이고(증거기록 97쪽 이하, 241쪽), 공소외 4는 위 범행으로 인해 이미 형사처벌을 받았다(증거기록 309쪽 이하).

7) 피고인의 휴대폰에 대한 포렌식 분석 결과, 피고인이 위챗 메신저상에서 아이디 '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'를 사용하는 불상의 인물과 2018. 3. 22.경 필로폰에 관한 내용으로 추정되는 대화를 나눈 사실을 확인할 수 있다.

위 대화방에는 필로폰으로 보이는 물체를 촬영한 사진도 게시되었다(수사기록 359쪽 이하).

8) 피고인은 스스로 필로폰을 수회 투약한 경험이 있다고 진술하였다(수사기록 294쪽). 검찰 1회 피의자신문 당시 피고인이 임의제출한 피고인의 모발에서 필로폰이 검출되었다(증거기록 356쪽). 다른 한편 피고인은 체포 직후에는 특별한 사정이 없었음에도 소변과 모발의 임의제출을 거부하였다(증거기록 265쪽).

나. 이 법원의 판단

변호인은 이 법원에 이르러, 위와 같이 원심이 든 증거들은 피고인이 필로폰을 국내에 '운반'했다는 증거는 될지언정 이를 '구매'했다는 증거가 될 수 없다거나, 위 가.의 6)~8)항 기재 증거 내지 사정들을 유죄의 근거로 삼는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 대로 필로폰의 '수입'이라는 구성요건은 우리나라 영토 내에 필로폰을 반입하는 행위를 함으로써 충족되고, 이와 별도로 해당 필로폰을 구매 또는 구입하였다는 점까지 합리적 의심 없이 증명되어야 한다고 볼 수 없다.

② 위 가.의 6)~8)항 기재 사정들, 즉 피고인에게 필로폰 양성 반응이 검출되었거나 피고인이 필로폰 매매 혐의로 기소 중지되었고 이 사건 범행 이후 '위챗' 메신저로 필로폰에 관한 대화가 있었다는 등의 사정들은, 위 가.의 1)~4)항 기재와 같은 주요 증거들을 뒷받침하는 간접사실 내지 정황을 설시한 데에 불과하다.

따라서 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한도를 벗어났다거나, 무죄추정의 원칙을 위배한 것이라고 할 수 없다.

결국, 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

변호인의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

6. 결론

지금까지 살펴본 대로, 피고인(변호인)의 법리오해·사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

다만 이에 대해서는 제2항에서 본 대로 공소장변경에 따른 직권 파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 법리오해 주장

가) 이 사건 공소사실은 피고인이 필로폰을 언제, 어디에서, 어떻게 '구매' 내지 '구입'하였는지에 대하여 기재하지 않았다.

그런데 이 사건 적용법조가 정하는 범죄행위인 '수입'은 마약류를 '구입'하여 국내로 반입하는 것을 그 구성요건으로 한다.

따라서 이 사건 공소사실은 필로폰 수입(輸入) 범죄의 중요 구성요건에 대해 그 범죄사실을 특정하지 않은 것으로서 위법하다.

나) 헌법 제12조 제4항은 사선변호인의 조력을 받을 권리를 우선하고 보조적·예외적으로 국선변호인의 조력을 받을 권리를 규정한다.

그럼에도 검찰은 검사의 피의자신문에 참여했던 사선변호인에게 구속영장 청구에 따른 피의자신문 일정을 고지하지 않았다.

이에 따라 피고인은 사선변호인의 참여 없이 국선변호인만 참여한 가운데 이루어진 피의자신문 결과 구속되었다.

이와 같은 구속은 위법하다.

2) 사실오인 주장

검사 제출 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적 의심 없이 증명된 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3) 양형부당 주장

피고인에게 선고된 형량(징역 3년 및 몰수)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 피고인에게 선고한 위 형량은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 공소장변경에 따른 직권 판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

검사는 이 법원에 이르러 다음과 같이 공소장을 변경하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 4행 ‘...숨겨 우편물 박스에 넣은 다음’과 ‘태국발 인천행 타이항공 항공기편에...’ 사이에, “수취인은 가상의 인물인 ‘○○ ○○○○’으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 ‘서울 영등포구 (주소 생략)’로 각 기재한 다음”을 추가한다.

○ 이 사건 공소장 2쪽 5행 ‘2018. 9. 8.’을 ‘2017. 9. 8.’로 고친다.

이 법원은 2018. 9. 4. 제2회 공판기일에서 위와 같은 공소장변경을 허가하였다.

이에 따라 그 심판대상이 변경된 이상, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권 파기사유가 있음에도 불구하고 제1의 가. 1), 2)항 기재와 같은 피고인의 범리오해·사실오인 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 된다.

따라서 이에 대하여 아래에서 먼저 살펴본다.

아래 제3항은 제1의 가. 1) 가)항 기재와 같은 공소사실 특정과 관련된 범리오해 주장, 제4항은 제1의 가. 1) 나)항 기재와 같은 변호인 조력권 침해와 관련된 범리오해 주장, 제5항은 제1의 가. 2)항 기재와 같은 사실오인 주장에 각 대응하는 판단에 해당한다.

3. 공소사실 특정과 관련된 피고인의 범리오해 주장에 대한 판단

가. 변경된 공소사실과 변호인의 주장

1) 위와 같이 변경된 이 사건 공소사실은 다음과 같다.

“피고인은 중국 국적의 외국인으로, 마약류취급자가 아니므로 향정신성의약품인 메트암페타민(이하 ‘필로폰’이라 한다)을 취급해서는 아니 된다.

피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고, 위 성명불상의 마약 판매책은 2017. 9. 초순경 태국 이하 불상지에서 필로폰 약 8.37g을 비닐지퍼백에 넣고 과자 봉지 사이에 숨겨 우편물 박스에 넣은 다음 수취인은 가상의 인물인 ‘○○ ○○○○’으로, 수취인의 주소는 피고인이 거주하던 ‘서울 영등포구 (주소 생략)’로 각 기재한 다음 태국발 인천행 타이항공 항공기편에 국제특급우편 형식으로 발송하여 2017. 9. 8. 09:09경 위 필로폰 약 8.37g을 인천공항에 도착하게 하였다.

이로써 피고인은 필로폰 약 8.37g을 수입하였다.

”

2) 그중 "피고인은 2017. 9.경 태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자로부터 필로폰 약 8.37g을 불상의 방법으로 구입하기로 하고"라는 부분, 즉 '구입'의 경위가 제대로 기재되어 있지 않다는 것이 변호인의 주장인 것으로 보인다.

나. 판단

이 사건의 적용법조인 마약류 관리에 관한 법률(이하 '마약류관리법'이라 한다) 제58조 제1항 제6호는 "제4조 제1항을 위반하여 제2조 제3호 (나)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조 또는 수출입하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자"를 처벌하고, 같은 법 제4조 제1항은 "마약류취급자가 아니면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"라고 하면서(본문), 필로폰 등의 마약(향정신성의약품)을 "소지, 소유, 사용, 운반, 관리, 수입, 수출, 제조, 조제, 투약, 수수, 매매, 매매의 알선 또는 제공하는 행위"를 그 구성요건으로 규정하고 있다.

구 향정신성의약품관리법(현재의 마약류관리법에 준한다)이 정한 향정신성의약품의 '수입'은 그 목적이나 의도에 관계 없이 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토 내로 양륙하는 등으로 반입하는 행위를 뜻한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결 등 참조). 여기서 '수입'이라 함은 향정신성의약품을 외국 등의 지역으로부터 운반하여 그것을 우리나라의 영토 내로 반입할 때까지의 모든 행위를 가리키는 것은 아니고, 그 최종단계인 영토 내의 반입행위만을 가리키는 것으로 해석된다.

따라서 행위자가 해당 마약류를 국외에서 유상으로 '구매' 또는 '구입'하지 않았더라도, 그 마약류를 국외로부터 우리나라의 영토에 반입하는 행위를 한 이상 '수입'의 구성요건은 충족된다고 보아야 한다.

마약류관리법이 마약·향정신성의약품 등의 오용·남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조)는 입법 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

비록 수입(輸入)의 사전적 의미가 '다른 나라로부터 상품이나 기술 따위를 국내로 사들임'이라고 하더라도, 통상적인 상품·기술 등과 달리 마약이나 향정신성의약품을 '사들이는' 행위 자체가 절대적으로 불법화되어 있다는 점 등을 고려하면, 위와 같은 사전적 의미를 그대로 따를 수는 없다.

한편 마약류관리법이 정하는 또다른 구성요건인 '운반'은 마약류를 장소적으로 이전하는 행위를 뜻하는 것으로, 운반이 유상인가 무상인가는 그 성립에 영향이 없다.

이와 같이 '수입'이라는 행위의 본질은 어디까지나 '영토 내의 반입행위'라고 해석되는 한편, 이 사건 공소사실은 '구입'의 상대방(태국에 있는 마약 판매책인 성명불상자), '구입'의 대상(필로폰 약 8.37g), '구입'의 시기(2017. 9.경)가 가능한 범위 내에서 특정되어 있다.

따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 일시, 장소, 방법의 기재를 필요로 한 정도에 반하지 않거나, 위와 같은 세 가지 요소의 개괄적 표시가 부득이한 경우에 해당한다.

그러므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제327조 제2호가 정하는 '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 공소사실이 특정되지 않아 공소기각 사유에 해당한다는 취지인 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4. 변호인 조력권 침해와 관련된 피고인의 법리오해 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

변호인은 원심에서도 구속영장 청구에 따른 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 피고인의 사선변호인에게 피의자신문의 사실 및 그 일시·장소를 통지하는 책임은 기본적으로 법원에 있기는 하나, 법원으로서의 사선변호인 선임 사실을 알지 못한 상태에서 피의자신문에 앞서 피고인에게 국선변호인을 선정하였고 그 변호인의 참여하에 심문이 이루어진 이상 단지 사선변호인이 참석하지 못하였다는 사정만으로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하여, 변호인의 위 주장을 배척하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 없다.

1) 인정되는 소송법적 사실관계

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2018. 3. 26. 18:04 이미 발부되었던 체포영장에 기하여 서울남부지방법검찰청 수사관에게 체포되었다.

② 다음 날인 2018. 3. 27. 10:00부터 15:15까지 피고인에 대한 검사의 피의자신문이 있었다.

피고인이 선임한 변호인인 공소외 1 변호사는 2018. 3. 27. 10:00경 변호인선임계를 검찰에 제출하고 위 피의자신문 절차에 참여하였다.

③ 검사는 2018. 3. 27. 19:05경 피고인에 대한 구속영장을 서울남부지방법원 판사에게 청구하였다.

그런데 그 구속영장청구서(서울남부지방법검찰청 제2018-370호)의 '변호인'란에는 아무런 기재가 없다.

④ 2018. 3. 28. 10:30 서울남부지방법원 판사는 피고인에 대한 구속영장 청구를 심사하기 위하여 피의자신문을 하였다. 당시 변호인으로는, 앞서 본 공소외 1 변호사가 아니라 국선변호인인 공소외 2 변호사가 참여하였다(피의자신문 도중 피고인이 중국 영사관에 체포와 구속영장 청구사실을 통지하고 영사접견 기회를 달라고 희망하여, 그 절차를 위해 휴정하였다가 2018. 3. 28. 15:00 속개되었는데, 계속하여 국선변호인이 참여하였다).

⑤ 위와 같은 피의자신문 결과, 피고인은 2018. 3. 28. 21:05경 서울남부지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의해 구속되었다.

⑥ 피고인은 2018. 10. 25. 이 법원 제3회 공판기일에서, 피의자신문 직전에 면담한 변호인은 자신이 선임한 변호사가 아니었는데, 외국인인 자기는 절차를 잘 몰라서 (원래) 절차를 그렇게 하는 줄 알고 사선변호인의 선임 사실을 말하지 않았다는 취지로 진술하였다.

위 ① 내지 ⑥과 같은 사실관계를 종합하면, 구속영장 청구 당시에 피고인이 선임한 변호인의 존재가 구속영장청구서에 기재되지 않은 결과, 구속영장 청구를 받은 법원으로서의 피고인에게 달리 선임된 변호인이 없다고 생각하여 직권으로 국선변호인을 선정하였고, 그와 같이 선정된 국선변호인의 참여 아래 피의자신문 절차가 이루어졌던 것으로 보인다.

2) 관계 법령

헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

"라고 정하면서, 그 단서에서 "다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

"라고 규정하고 있다.

한편 형사소송법(이하 '법'이라고만 한다) 제30조 제1항은 "피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

"라고 정한다.

그리고 법 제201조의2 제3항은, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구받은 판사는 즉시 "검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

"라고, 같은 조 제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

"라고 각 규정한다.

나아가 형사소송규칙(이하 '규칙'이라고만 한다)에 따르면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구는 반드시 서면, 즉 구속영장 청구서에 의하여야 한다(규칙 제93조 제1항). 그리고 구속영장의 청구서에는, "피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명"을 기재하여야 한다(규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호). 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의20 제1항). 피의자심문에 참여할 변호인은 원칙적으로, 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(규칙 제96조의21 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의16 제4항).

3) 이 사건에 적용되는 법리와 그 이유

위와 같은 관계 법령의 문언과 그 체계, 입법 취지 및 규범의 목적 등을 종합하면, 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장 청구 이전에 피의자 본인이 스스로 선임한 변호인이 있는 경우, 구속영장을 청구하는 검사로서는 구속영장청구서의 '변호인'란에 그 변호인의 성명을 기재하고, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 위와 같은 구속영장청구서의 기재에 따라 그 변호인에게 피의자심문의 기일과 장소를 통지함으로써, 그 변호인이 피의자심문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

이와 달리 구속영장청구서에 변호인의 성명이 기재되지 않음으로써, 체포된 피의자가 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못하고 그 변호인도 위 2)항 기재 규정들에 따른 변호활동을 할 기회를 박탈당한 채 피의자심문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자심문 절차에는 헌법이 형사소송법 등 관계 법령을 통하여 보장하는 기본권, 즉 체포된 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 또는 체포된 피의자를 조력할 변호인의 권리를 침해한 위법이 있는 것이 된다. 이러한 피의자심문의 결과 이루어진 구속은 헌법 제12조 제3항이 정하는 '적법한 절차'를 위반한 것으로서 위법하다고 봄이 마땅하다.

이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자심문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자심문이나 그에 따른 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그 이유는 아래 가)~바)항과 같다.

가) 변호인 조력권의 헌법상 의미

헌법 제12조 제4항 본문이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다'라고 규정한 것은, 기본적으로 체포·구금된 피의자·피고인이 사선변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장한 것으로 해석된다.

변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인을 선임하는 권리이다.

한편 같은 항 단서에서는 '다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

'라고 정함으로써 이와 별도로 국선변호인 제도의 헌법적 근거를 마련하고 있다.

그러므로 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 헌법 규정의 문언과 그 체계, 의미 등을 살펴보면, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령(本領)은 피의자(피고인) 본인이 자신의 의사에 기하여 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리, 즉 사선변호인의 조력을 받을 권리라고 봄이 타당하다.

그러므로 체포된 피의자가 스스로 선임한 변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 되었다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 된다.

피의자 등에게 변호인 선임의 권리를 규정한 법 제30조 제1항은, 위와 같이 사선변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 형사소송법 차원에서 다시 확인하거나 이를 구체화한 것으로 보아야 한다.

그 밖에 체포된 피의자가 변호사를 지정(지명)하여 교도소장 등에게 그 선임을 의뢰하는 경우 교도소장 등이 지체 없이 해당 변호사에게 그 취지를 통지하도록 한 법 제200조의6, 제90조 역시, 신체의 자유가 제한되어 체포 상태에 있는 피의자가 스스로 자신의 변호인을 선임하려는 시도에 협조하려는 데 그 입법 취지가 있다.

나) 국선변호의 의미와 변호인 조력권

국선변호제도는 변호인의 조력을 받기를 원하지만 경제적인 이유 등으로 조력을 받을 수 없는 사람을 위하여 마련된 제도로써 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 기능하도록 한다.

헌법이나 형사소송법이 정하는 국선변호의 요건에 해당하여 국선변호인이 선정되었다면, 그와 같은 국선변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리나 국선변호인이 그 변호를 위해 가지는 절차적 권리는 사선변호인이 선임된 경우와 다를 것이 없다.

그런데 국선변호에 대해서는, 위 헌법 조항의 문언 자체에서도 '다만 변호인을 스스로 구할 수 없을 때' 비로소 국선변호인을 붙인다는 취지로 정하고 있다.

위 조항 단서는 본문과 달리 국선변호인으로부터 조력을 받을 대상자를 '형사피고인'으로 한정하고 '법률이 정하는 바에 따라' 국선변호인을 선정한다는 취지로 규정하고 있기도 하다.

따라서 형사피고인에 대한 국선변호는 헌법상의 기본권인 반면, 형사피의자에 대한 국선변호는 법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항이 정하는 바에 따라 피의자가 체포·구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상 권리로서, 헌법에 의해 당연히 보장·파생되는 헌법상 권리라고 볼 수는 없다.

그러므로 헌법상 보장되는 기본권인 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해·박탈당한 체포 피의자에게, 형사소송법의 차원에서 규정된 국선변호가 제공되었다고 하여 위와 같은 헌법적 기본권의 침해가 정당화된거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

더구나 사선변호인을 선임한 피의자는 특별한 사정이 없는 이상헌법 제12조 제4항 단서가 정하는 '스스로 변호인을 구할 수 없을 때', 또는 법 제201조의2 제8항이 정하는 '변호인이 없는 때'라는 국선변호인의 선정 요건에 해당하지 않는다.

그런데 이미 선임된 사선변호인이 있음에도 불구하고 그 변호인에게 심문기일장소를 통지하지 않은 채 법원이 직권으로 선정한 국선변호인이 피의자심문에 참여하였다면, 형사소송법 자체의 해석론에 의하더라도 위와 같은 피의자심문 절차가 적법하다고 볼 수 없다.

다) 피의자심문 절차에서 사선변호인 조력권이 가지는 중요성

수사기관의 구속은, 피의자의 신병을 강제로 확보한 상태에서 피의자신문의 방식으로 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하기 위한 대인적 강제수사의 일종이다.

다만 이는 헌법상 기본권인 신체의 자유에 대하여 중대한 제한을 가하는 것이기 때문에, 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니"한다거나(제12조 제1항), "구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

"(제12조 제3항)라는 등 구속에 관해 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그와 같은 헌법의 정신을 실질적으로 구현하기 위해 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 현행 법 제201조의2 제1항 본문은 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.

"라고 정함으로써 전면적·필요적인 피의자심문 절차, 즉 수사기관으로부터 독립된 법관에 의한 영장실질심사를 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 체포 상태에서 구속영장이 청구된 피의자에게는, 통상 여러 단계로 이루어지는 각종 형사사법절차 중 다른 어떤 절차에 비하더라도(경우에 따라서는 오히려 공소의 제기 이후 이루어지는 공판절차보다도), 위와 같은 피의자심문 단계가 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때라고 보아야 한다.

앞서 본 대로 형사소송규칙에서 변호인이 피의자심문 시작 전에 피의자와 접견하거나 구속영장청구서 등을 열람할 수 있는 권리를 정함과 아울러 피의자가 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다는 취지를 명시한 것은, 변호인의 활동을 충분히 보장함으로써 피의자에게 가장 중요한 의미를 가지는 피의자심문 단계에서 실질적인 법적 조력이 제공되도록 하는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

그러므로 피의자가 수사 과정에서 선임한 변호인이 설령 구속영장의 청구 이전에 여러 변호활동을 펼쳤다 하더라도(예컨대 수사기관에 피의자를 위한 의견서를 제출하거나, 수사기관의 피의자신문에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다), 정작 체포된 피의자의 구금 여부가 결정되는 피의자심문 기일의 일시·장소 등을 통지받지 못해 판사가 진행하는 심문절차에서 변호활동을 할 기회를 원천적으로 봉쇄당한 채 국선변호인의 참여하에 피의자심문이 이루어졌다면, 피의자는 자신이 선임한 변호인으로부터 법적 조력을 받을 권리 중에서도 핵심적·본질적 부분을 침해당한 것으로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 피의자심문의 중요성이나 의미, 구속영장이 청구된 체포 피의자의 지위나 그 심문절차가 피의자에게 미치는 영향, 미리 선임된 사선변호인과 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간 차이 등을 종합하면, 피의자가 그 자신이 선임한 변호인 대신 법원이 직권으로 선정한 국선변호인의 조력을 받고 국선변호인의 참여 아래 피의자심문에 임하였다는 사정만으로는, 위와 같은 피의자의 헌법상 기본권에 대한 침해가 정당화된다고나 그 절차적 흠결

이 상쇄된다고 할 수 없다.

라) 체포된 피의자를 조력할 사선변호인의 권리

한편 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은, 피의자(피고인)를 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미한다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부 결정 등 참조). 변호인의 "조력을 받을" 피구속자의 권리는 피구속자를 "조력할" 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 되므로, "조력을 받을 피구속자의 기본권"과 표리의 관계에 있는 "피구속자를 조력할 변호인의 권리" 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부 결정 참조).

따라서 체포된 피의자가 선임한 변호인에게 구속영장의 발부 여부를 결정할 피의자심문기일이 통지되지 않음으로써 그 변호인이 피의자심문에 출석하지 못하고 그 심문을 대비하는 변호활동을 할 기회도 상실하였다면, 이로써 피의자 본인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라, 피의자가 선임한 당해 변호인이 피의자를 조력할 변호인으로서의 권리 역시 침해당하였다고 보아야 한다.

마) 사선변호인 성명 기재 규정의 의미

위와 같이 체포된 피의자에 대한 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여 실무적으로는, 구속영장청구서에 피의자가 선임한 변호인의 존재가 나타나야 한다.

이를 위해 마련된 규칙 제93조 제1항, 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정은, 반드시 서면에 의하여 구속영장이 청구되어야 하고, 그와 같은 구속영장청구서에 '피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명'을 '기재하여야 한다'라는 법적 의무를 부과하는 형식으로 구성되어 있다.

나아가 위와 같은 변호인 조력권의 헌법적 지위나 그 보장의 필요성, 피의자심문 절차의 중요성과 그 의미 등에 비추어 볼 때, 피의자 스스로 선임한 변호인이 있을 경우 그 변호인의 성명은 단지 구속영장청구서가 공문서로서의 형식을 갖추기 위해 기재되어야 하는 임의적·무의적 기재사항에 불과하다고 볼 수 없으며, 이는 간과되어서는 안 될 필요적 기재사항으로 해석함이 타당하다.

구속영장 청구를 받은 판사는 피의자의 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하거나(법 제201조의2 제3항), '변호인이 없는 때'에는 직권으로 변호인을 선정(법 제201조의2 제8항)해야 하는데, 이때 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되어 있는지 여부는, 해당 피의자가 '변호인이 없는 때'에 해당하는지 여부, 이에 따라 해당 피의자의 사선변호인에게 심문기일을 통지할지 아니면 직권으로 국선변호인을 선정할 것인지 여부 등을 판단하는 바로미터의 역할을 하기 때문이다.

바) 기존 판례와의 비교

한편 대법원은 일찍이, '법 제282조의 필요적 변호사건에 있어서 선임된 사선변호인에 대한 기일통지를 하지 아니함으로써 사선변호인의 출석 없이 제1회 공판기일을 진행하였더라도 그 공판기일에 국선변호인이 출석하였다면 변호인 없이 재판한 잘못이 있다 할 수 없고, 또한 사선변호인이 제2회 공판기일부터는 계속 출석하여 변호권을 행사하였다면 사선변호인으로부터의 변호를 받을 기회를 박탈하였다거나 사선변호인의 변호권을 제한하였다 할 수 없다'라는 취지로 판단하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1571 판결 참조). 그러나 이는, 필요적 변호사건에서 '변호인 없이 개정하지 못한다'거나 이 경우 '변호인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다'는 법 제282조, 제283조의 해석론이 문제 된 사안에 대한 판결로서 이 사건과는 그 적용법조가 상이하다.

나아가 단 1회 그것도 구속영장 청구 다음 날까지 실시되어야 하는 체포 피의자에 대한 피의자신문의 경우와 달리, 여러 번에 걸쳐 공판이 진행되었고 그중 한 번의 공판기일을 제외한 나머지 공판기일에서는 사선변호인의 변호권 행사가 있었던 사안에 대한 판결로 보인다.

따라서 위 대법원판결은 이 사건에 원용할 것이 아니다.

4) 이 사건 피의자신문과 구속의 위법 여부 등(원심판단의 당부)

위 2), 3)항 기재와 같은 법령·법리에 비추어 이 사건을 살펴본다.

피고인에 대한 구속영장이 청구될 당시 규칙 제95조의2 제1호, 제95조 제2호의 규정과 달리 그 구속영장청구서에는 피고인 자신이 선임한 변호인의 성명이 기재되지 않았다.

이로 인해 법 제201조의2 제3항과 달리 피의자신문 기일과 장소가 위 변호인에게 통지되지 않았다.

이 때문에 피고인은 자신이 스스로 선임한 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문에 임하였다.

그와 같은 피의자신문 절차에는, 당시 체포된 피의자였던 피고인이 가지는 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있다.

나아가 위 변호인으로서도 피의자신문 기일 등을 통지받지 못함으로써, 규칙 제96조의20 제1항, 제96조의21 제1항이 정하는 체포 피의자와의 접견이나 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 수 있는 권리, 그리고 법 제201조의2 제4항과 같이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 침해당하였다.

이와 같이 부적법한 피의자신문의 결과로 발부된 구속영장에 따라 이루어진 피고인에 대한 구속은 위법한 것이 된다.

당시 피고인에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도, 위와 같은 피의자신문이나 구속이 위법하다는 결론에는 영향이 없다.

그러므로 위와 같은 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 증거, 즉 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서(2018. 3. 30.자)는 법 제308조의2가 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 증거로 쓸 수 없다.

이와 달리, 국선변호인의 참여하에 피의자신문이 이루어졌으므로 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하여, 위와 같은 피의자신문 결과 이루어진 구속을 통해 수집된 증거인 위 조서를 증거로 채택하고 이를 유죄의 증거로 거시한 원심의 조치에는, 변호인 조력권의 의미와 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다.

소결론(항소이유의 당부)

1) 그러나 위법한 구속을 통해 수집되었으므로 증거로 쓸 수 없는 위 조서에 관계되는 사정은 아래 제5의 가. 5)항에 한정된다.

위와 같은 위법한 구속과 관계없이 그 이전인 통제배달 단계 또는 체포·압수 단계에서 수집된 증거들, 즉 아래 제5의 가. 1)~4)항 및 6), 7)항에 기재된 이 사건 소포의 형상 및 기재, 통제배달을 전후한 피고인의 언동, 위챗 메신저상의 대화 내용 등의 증거들은 유죄의 증거로 사용함에 지장이 없다.

2) 이 사건에서는 위 1)항 기재와 같은 증거들만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하는 데에 충분하다고 판단한다

따라서 위 나.의 4)항 기재와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다(변호인은 항소이유서를 통해 '피고인에 대한 구속이 위법하다'는 취지로만 주장하였다).

이 주장은 결국, 위법한 구속으로 수집된 증거는 그 증거능력이 없으므로 유죄를 인정한 원심판결 결과가 잘못되었다는 취지라고 이해된다.

그러나 위법한 구속 상태에서 수집한 증거를 제외한 나머지 증거들만으로도 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 원심판결의 결과가 잘못되었다는 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다).

5. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은 아래 1) 내지 8) 기재와 같은 이유 등을 들어, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 필로폰을 수입하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단함으로써 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다[앞서 제4항에서 본 대로, 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력이 없어 유죄의 증거로 쓸 수 없다. 따라서 위 조서에 관계되는 아래 5)항 기재와 같은 원심의 추론·판단은 부당하다는 점을 미리 지적하여 둔다].

1) 이 사건 소포의 수취인 성명으로 기재된 이름은 '○○ ○○○○'으로 피고인 이름과 전혀 다르다.

그런데 피고인은 2017. 9. 13.경 두 번째 통제배달 당시 17:18경 집배원과 통화를 하면서 자신이 '○○ ○○○○(△△)'이라고 말하였다(증거기록 109쪽). 피고인은 2017. 9. 9.과 위 날짜에 우체국 콜센터 직원과 통화할 때도 마찬가지로 자신을 '○○ ○○○○'이라 말하였다.

증거기록 184쪽). 그러다가 17:50경 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 이름을 부르며 우편물의 배달을 시도한 이후 시점인 17:56경 집배원으로부터 재차 전화를 받았을 때 피고인은 자신을 ○○ ○○○○의 친구라고 하여 말을 바꾸었다(증거기록 113쪽). 피고인은 이후 17:59경에는 다시 집배원에게 전화를 걸어 소포를 그냥 옥상에 놓아 두면 된다고 말하면서 직접 수령하는 것을 피하였다(증거기록 115쪽).

2) 이 사건 소포의 수취지인 서울 영등포구 (주소 생략)는 피고인이 자신의 집과 번갈아 가며 거주하였던 피고인 여자친구의 집 주소이다.

수취인의 전화번호로 기재된 (전화번호 1 생략)도 피고인이 아버지 공소외 3(영문성명 2 생략) 명의로 가입하여 사용하고 있던 (전화번호 2 생략)과 유사하여 그에 대한 오기로 볼 여지가 충분하다(증거기록 15, 126쪽).

3) 피고인은 검찰에서, 집배원과 집배원으로 변장한 검찰수사관이 위 수취지 주변에서 '○○ ○○○○'의 이름을 부르는 것을 보고 현장을 이탈하던 중 세관직원의 질문을 받자 곧바로 도주한 사실을 인정하였다.

소포를 배달할 때 집배원이 2명이나 되는 경우는 이례적이라는 사정을 고려할 때, 피고인은 자신의 범행이 발각되었음을 눈치채고 도주한 것으로 보인다.

4) 피고인은 위와 같이 2회에 걸친 통제배달 시에는 소포를 수령하지 않거나 오히려 적극적으로 수령을 회피하는 태도를 보였다.

반면 2017. 9. 9.에는 5회, 2017. 9. 12.에는 2회, 2017. 9. 13.에는 1회에 걸쳐 우체국 콜센터 직원에게 전화해, 이 사건 소포의 배달에 대한 독촉을 반복하였다.

이와 같이 피고인이 보인 행동은, 피고인이 이 사건 소포 안에 들어있는 필로폰의 존재를 들키지 않으려는 것이었다고 보인다.

이에 대해 피고인은 위 소포를 받기로 한 이후 2017. 9. 13. 통제배달이 이루어지기 직전에 태국 여자친구 '□□'로부터 필로폰이 들어있다는 사정을 들어 알게 되었기 때문에 소포의 수령을 꺼렸던 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 '□□'가 배달기간 중에는 필로폰의 존재를 함구하다가 위 시점에 비로소 그에 대해 이야기했다는 것은 설득력이 떨어진다.

뿐만 아니라, 경험칙상 피고인이 뒤늦게 필로폰의 존재를 알게 되었고 그것이 자신과는 관련이 없는 물건이었다면, 오해가 생기는 것을 피하기 위해 우체국으로부터의 연락을 피하는 것이 타당하다.

그럼에도 피고인은 위 일자경 집배원으로부터 계속 전화를 받는 한편 우체국 콜센터에도 두 차례나 스스로 전화해 우편물에 대하여 문의하였다.

피고인은 '□□'가 피고인에게 필로폰의 존재를 뒤늦게 말한 까닭에 대해서도 제대로 해명하지 못했다(증거기록 294쪽).

5) 피고인은 검찰 2회 피의자신문에서 '□□'의 인적 사항에 대해서 묻는 검사의 질문에 구체적인 답변을 하지 못하였다

다른 한편 피고인은 위 조사 당시 ① '□□'가 보내는 음식이 무엇인지에 대해서 별로 궁금하지 않았고, ② 2017. 9. 13.경 '□□'가 자신에게 한국에 있다고 말했으나 구체적으로 어디에 있는지는 몰랐다고 진술하였다(증거기록 344, 345쪽). 위 ①의 진술 내용은 피고인이 2017. 9. 9.부터 9. 13.까지 지속적으로 우체국 콜센터에 소포 수령에 대해 문의하였던 것과 모순되고, 위 ②의 진술 내용도 평소 1달에 1, 2번 정도 만나서 식사를 하고 잠을 자기도 하는 관계였다는 피고인의 진술 내용과 부합한다고 볼 수 없다.

피고인은 위와 같이 '□□'와 상당히 친밀한 사이라고 하면서도 '□□'의 위챗 아이디조차 알지 못한다고도 진술하였던 반면(증거기록 347쪽), '□□'는 피고인이 기거하고 있는 당시의 여자친구 집 주소까지 알고 이를 소포의 수취정보로 입력하였다는 것이어서 진술이 서로 맞지 않는다.

피고인은 '□□'가 한국에 있었다면 왜 □□가 직접 물건을 받지 않고 굳이 피고인에게 대신 받아달라고 한 것인지 이유를 묻는 검사의 질문에 대해서도 수긍할 만한 답변을 하지 못하였다.

6) 피고인은 2014. 4. 중순경 ~ 2014. 5. 2. 사이에 여자친구 공소외 4 등과 공모하여 필로폰을 매매하였다는 피의사실로 기소중지(지명수배)된 상태이다(서울중앙지방법검찰청 2015년 형제43085호). 위 사건에서 공소외 4가 피고인의 범행가담 사실을 진술한 것으로 보이고(증거기록 97쪽 이하, 241쪽), 공소외 4는 위 범행으로 인해 이미 형사처벌을 받았다(증거기록 309쪽 이하).

7) 피고인의 휴대폰에 대한 포렌식 분석 결과, 피고인이 위챗 메신저상에서 아이디 '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'를 사용하는 불상의 인물과 2018. 3. 22.경 필로폰에 관한 내용으로 추정되는 대화를 나눈 사실을 확인할 수 있다.

위 대화방에는 필로폰으로 보이는 물체를 촬영한 사진도 게시되었다(수사기록 359쪽 이하).

8) 피고인은 스스로 필로폰을 수회 투약한 경험이 있다고 진술하였다(수사기록 294쪽). 검찰 1회 피의자신문 당시 피고인이 임의제출한 피고인의 모발에서 필로폰이 검출되었다(증거기록 356쪽). 다른 한편 피고인은 체포 직후에는 특별한 사정이 없었음에도 소변과 모발의 임의제출을 거부하였다(증거기록 265쪽).

나. 이 법원의 판단

변호인은 이 법원에 이르러, 위와 같이 원심이 든 증거들은 피고인이 필로폰을 국내에 '운반'했다는 증거는 될지언정 이를 '구매'했다는 증거가 될 수 없다거나, 위 가.의 6)~8)항 기재 증거 내지 사정들을 유죄의 근거로 삼는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 대로 필로폰의 '수입'이라는 구성요건은 우리나라 영토 내에 필로폰을 반입하는 행위를 함으로써 충족되고, 이와 별도로 해당 필로폰을 구매 또는 구입하였다는 점까지 합리적 의심 없이 증명되어야 한다고 볼 수 없다.

② 위 가.의 6)~8)항 기재 사정들, 즉 피고인에게 필로폰 양성 반응이 검출되었거나 피고인이 필로폰 매매 혐의로 기소 중지되었고 이 사건 범행 이후 '위챗' 메신저로 필로폰에 관한 대화가 있었다는 등의 사정들은, 위 가.의 1)~4)항 기재와 같은 주요 증거들을 뒷받침하는 간접사실 내지 정황을 설시한 데에 불과하다.

따라서 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한도를 벗어났다거나, 무죄추정의 원칙을 위배한 것이라고 할 수 없다.

결국, 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

변호인의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

6. 결론

지금까지 살펴본 대로, 피고인(변호인)의 법리오해·사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

다만 이에 대해서는 제2항에서 본 대로 공소장변경에 따른 직권 파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.