

## 마약류관리에관한법률위반(향정)

[대법원 2007. 7. 12. 2006도2339]



### 【판시사항】

- [1] 함정수사의 위법성에 대한 판단 기준
- [2] 함정수사에서 유인자와 수사기관의 직접적 관련성과 피유인자의 범의유발에 개입한 정도에 따라 함정수사의 위법성을 판단하는 방법

### 【판결요지】

- [1] 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다 할 것인바, 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.
- [2] 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니하지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.

### 【참조조문】

- [1] 형법 제13조
- [2] 형법 제13조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결(공2005하, 1899), 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3464 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903 판결(공2007하, 1016)

### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 검사

【원심판결】 서울중앙지법 2006. 3. 23. 선고 2005노2845 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

】상고이유를 판단한다.

1. 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다 할 것인바( 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등 참조), 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.

따라서 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니한다 할 것이지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.

2. 원심은 그 설시 증거들을 종합하여, 공소외 1은 청송보호감호소에서 출소한 후 공소외 2와 함께 거주하여 왔는데, 공소외 2는 서울중앙지방검찰청의 정보원으로 활동하여 오면서 5차례 가량 마약수사에 협조하여 마약사범을 검거한 대가로 포상금을 수령하였던 사실, 청송교도소에서 복역할 당시 피고인을 알게 된 공소외 1은 2005. 2. 초순경부터 10여 차례에 걸쳐 피고인에게 “아는 여자가 메스암페타민(이하 ‘필로폰’이라 한다)을 구입하려고 하니 구해 달라”고 부탁한 사실, 피고인은 공소외 1의 부탁을 거절하여 오다가 2005. 2. 22. 청송보호감호소에서 만나 알고 지내던 공소외 3에게 필로폰을 매수할 수 있는지 여부를 문의하여 공소외 3으로부터 “필로폰 20g을 6~700만 원에 판매하겠다는 사람이 있다”는 연락을 받고 공소외 1에게 그 사실을 알려 준 사실, 공소외 2는 공소외 1로부터 그 사실을 전해 듣고 서울중앙지방검찰청 마약수사관에게 전달하였는데, 당시 마약수사관이 필로폰을 위장매수할 자금을 마련하지 못하였다고 하자 공소외 1을 시켜 필로폰 거래를 연기하게 한 사실, 그 후 필로폰을 위장매수할 자금이 마련되자, 공소외 1은 2005. 2. 23. 피고인과 다음날 만나 필로폰 거래를 하기로 약속한 다음 공소외 2에게 그 사실을 알려 주었고, 공소외 2는 마약수사관에게 이를 제보한 사실, 이에 마약수사관이 위장매수자금을 소지하고 동행자로 위장한 가운데 피고인과 공소외 2가 공소외 3을 만나게 된 사실, 공소외 3은 피고인이 먼저 돌아간 상태에서 2005. 2. 24. 18:00경 공소외 4로 하여금 공소외 2에게 필로폰을 판매하도록 하던 중 현장에 잠복 중인 마약수사관에게 검거된 사실, 공소외 1은 공소외 2를 도와 필로폰 매매에 관한 정보를 제공하였다는 이유로 입건되지 아니하였고, 공소외 2는 위 필로폰 매매에 관한 정보를 제공하여 마약사범을 검거한 대가로 포상금 100만 원을 지급받은 사실 등 판시사실을 인정한 다음, 그에 따르면 공소외 1은 수사기관의 정보원으로서 또는 적어도 수사기관의 정보원인 공소외 2와의 의사연락하에 포상금을 지급받는 등의 목적으로 의도적으로 피고인에게 접근하여 필로폰 매매의 알선을 부탁한 것으로 볼 여지가 충분하고, 피고인은 이 사건 범행 당시 이미 그 범행에 대한 범의를 가지고 있었던 것이 아

나라, 수사기관 또는 수사기관의 정보원의 사주에 의하여 비로소 마약범행에 대한 범의가 유발된 것으로 보인다고 판단하여, 피고인에게 유죄를 선고한 제1심판결을 파기하고, 공소기각의 판결을 선고하였다.

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 위의 법리와 기록에 비추어 수긍하기 어렵다.

즉, 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도 수사기관은 피고인이 공소외 1의 부탁을 받고 범행을 승낙한 이후에야 비로소 공소외 2를 통하여 그 사실을 알게 되었다는 것이고, 공소외 1이 피고인에게 필로폰을 구해달라는 부탁을 할 당시에는 아직 그 사실을 알지 못하였던 것으로 보이는바, 이러한 사정에 비추어 이 사건은 수사기관이 공소외 2 또는 공소외 1로 하여금 피고인을 유인하도록 한 것이라기보다는 공소외 2 또는 공소외 1이 포상금 획득 등 사적인 동기에 기하여 수사기관과 관련 없이 독자적으로 피고인을 유인한 것이라고 보아야 할 것이다.

또한, 공소외 1은 피고인에게 단순히 10여 차례에 걸쳐 “아는 여자가 필로폰을 구입하려고 하니 구해 달라”는 부탁을 하였을 뿐 그 과정에서 피고인과의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피고인의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전을 제공하는 등의 방법을 사용하지 아니하였는바, 사정이 이러하다면 이 사건은 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용한 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 설령 피고인이 공소외 1의 부탁을 받고 비로소 범의가 유발된 것이라 하더라도, 이를 위법한 함정수사라고 보기는 어렵다.

그리고 이러한 판단은 공소외 2 또는 공소외 1이 피고인을 유인한 목적이 수사기관으로부터 포상금을 지급받으려는 데에 있었다거나 피고인이 공소외 1의 부탁을 받고 몇 차례 거절한 사실이 있었다고 하여 달라지는 것은 아니다.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 사건 범행이 위법한 함정수사로 인한 것이라고 속단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 함정수사에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김황식(재판장) 김영란 이홍훈 안대희(주심)