

## 마약류관리에관한법률위반(향정)·변호사법위반·폭력행위등처벌에관한

### 법률위반(우범자)

[대법원 2008. 7. 24. 2008도2794]



#### 【판시사항】

- [1] 수사기관에 구속된 마약사범의 선처를 청탁하는 명목으로 받은 돈의 일부가 위 청탁을 위한 다른 마약사범에 대한 제보와 체포비용 명목인 경우, 변호사법 제111조 위반죄가 성립하는지 여부(적극)
- [2] 사법경찰관 등이 긴급체포하는 피의자에게 범죄사실의 요지와 구속의 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하여야 하는 시기
- [3] 함정수사의 위법성에 대한 판단 기준
- [4] 마약사범이 범행 현장에서 버리려고 비닐봉지에 담아 둔 칼을 들고 있다가 체포된 사안에서, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에 정한 위험한 물건의 '휴대'로 볼 수 없다고 한 사례

#### 【참조조문】

- [1] 변호사법 제111조
- [2] 형사소송법 제200조의3, 제200조의5
- [3] 형법 제13조
- [4] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도2109 판결(공1997하, 3550), 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도7771 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도3044 판결 /
- [2] 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도3212 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7961 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10006 판결 /
- [3] 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결(공2007하, 1401), 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7680 판결, 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10804 판결(공2008상, 549)

#### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 검사 및 피고인들

【변 호 인】 변호사 박승규외 1인

【원심판결】 대구고법 2008. 3. 20. 선고 2007노495, 496(병합) 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다. 피고인 2에 대하여는 상고 후의 구금일수 중 110일을 원심판결의 징역 1년의 본형에 산입한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 변호사법위반의 점에 대하여

변호사법 제111조 소정의 '공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응 기타 이익을 받는다'함은 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 공무원과 의뢰인 사이를 중개한다는 명목으로 금품을 수수한 경우를 말하는 것으로, 단순히 공무원이 취급하는 사건 또는 사무와 관련하여 노무나 편의를 제공하고, 그 대가로서 금품 등을 수수하였을 뿐인 경우는 이에 포함되지 않으나( 대법원 2004. 9. 24. 선고 2003도3145 판결 등 참조), 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목으로서의 성질과 단순히 공무원이 취급하는 사건 또는 사무와 관련하여 노무나 편의를 제공하고 그 대가로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 금품이 수수된 경우에는 그 전부가 불가분적으로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목으로서의 성질을 가진다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도514 판결, 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도7771 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도3044 판결 등 참조). 따라서 수사기관에 마약사범 구속자에 대한 선처를 청탁한다는 명목으로 돈을 받은 경우 그 돈 중 일부가 위 청탁을 위한 다른 마약사범에 대한 제보 및 체포 비용 명목이었다고 하더라도 위 돈 전부에 대하여 변호사법 위반죄가 성립한다.

</u>

원심은, 그 채택 증거에 의하여, 피고인들은 마약사범 구속자 공소외 1이 수사기관에서 수사공적으로 선처를 받도록 하기 위하여, 피고인 1은 마약을 판매한 후 매수자를 피고인 2에게 알려주고, 피고인 2는 수사기관에 위 매수자를 제보하여 검거되도록 하여 공소외 1의 수사공적을 만들어 준 다음 공소외 1이 선처받도록 수사기관에 청탁하기로 하고, 그 대가로 공소외 1 측으로부터 금품을 받아 피고인 1은 소개비 및 마약사범 제보 작업비를 받고 나머지는 피고인 2가 갖기로 공모하여, 피고인 2는 2007. 4. 28. 21:00경 공소외 1에 대한 검찰 청탁 및 작업비 등 명목으로 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 교부받고, 피고인 1은 피고인 2로부터, 그날 22:00 무렵 소개비로 100만 원, 2007. 5. 1. 20:00 무렵 마약사범 제보 작업비로 400만 원, 2007. 5. 2. 21:46 무렵 마약사범 제보 작업비로 100만 원을 받아 공무원이 취급하는 사무에 관하여 청탁한다는 명목으로 금품을 수수하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배, 심리미진이나 변호사법 위반죄에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 피고인들의 필로폰 매매로 인한 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)의 점에 대하여

원심은 그 채택 증거에 의하여, 피고인 1이 2007. 4. 30. 19:30경 피고인 2에게 필로폰 10g을 150만 원을 받고 판매함으로써 피고인들이 필로폰을 매매하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택한 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 사실심 법관의 합리적인 자유심증에 따른 것으로서 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 심리미진 등의 위법이 없다.

3. 피고인 2의 필로폰 투약으로 인한 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)의 점에 대하여

위 피고인은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세워 항소하였으나 원심에서 항소가 기각되었는바, 이러한 경우 위 피고인으로서 원심판결에 대하여 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다는 것을 상고이유로 삼을 수 없다( 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결 등 참조).

4. 피고인 1 및 변호인의 나머지 상고이유에 대하여

가. 공판절차의 법령위반 등 주장에 대하여

기록에 의하면, 원심은, 피고인 1에 대한 원심법원 2007노495 사건의 제4회 공판기일에 피고인 2에 대한 원심법원 2007노496 사건을 병합하고, 위 각 사건에 대한 공소장변경을 허가한 다음 위 사건들에 대한 공판의 심리를 종결하였는데, 피고인 2는 위 공판기일에서 그가 2007. 4. 28. 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 받아 같은 달 30. 피고인 1에게 150만 원을 주고 필로폰 10g을 매수하였다고 진술하였다.

피고인 2가 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 받은 일시 및 피고인 1로부터 필로폰을 매수한 일시에 관한 위 진술은 그의 수사기관 및 제1심에서의 진술과 다르다.

그러나 기록에 의하면, 피고인 2는 피고인 1에 대한 원심법원 2007노495 사건의 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여, 2007. 4. 28. 밤에 술에 취한 상태에서 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 받은 후 그 다음날 술이 깬 다음 공소외 1 측에 부탁받은 일을 하지 못하겠으니 돈을 돌려주겠다고 연락하였으나 피고인 1의 설득으로 공소외 1을 위하여 일을 계속하기로 하고 위 돈 중 989만 원을 공소외 4 명의의 계좌에 입금하였다는 취지로 증언한 바 있고, 피고인 1이 원심에 제출한 추가항소이유서에 첨부된 공소외 4 명의의 계좌 거래내역(공판기록 378면)에는 2007. 4. 30. 989만 원이 입금된 사실이 기재되어 있어 피고인 2의 원심 제4회 공판기일에서의 위 진술에 부합됨을 알 수 있다.

따라서 원심이 제4회 공판기일에서 피고인 2가 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 받은 일시에 관하여 추가적인 심리를 하지 않고 공판의 심리를 종결하였다고 하더라도(피고인 1의 변호인은 새로 신청할 증거가 없다고 진술하였다) 원심판결에 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다.

또한, 형사소송법 제298조 제4항은 법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정한 때에는 직권 또는 피고인이나 변호인의 청구에 의하여 피고인으로 하여금 필요한 방어의 준비를 하게 하기 위하여 결정으로 필요한 기간 공판절차를 정지할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 원심 제4회 공판기일에서의 위 공소장변경은 주로 피고인 2가 공소외 1 측으로부터 1,200만 원을 받은 일시, 피고인 1이 피고인 2로부터 돈을 받은 일시 및 내역, 피고인들 사이의 필로폰 매매 일시를 변경한 것에 불과하므로 공판절차를 정지할 정도로 피고인 1의 방어권 행사에 불이익을 초래한다고 할 수 없다(피고인 1의 변호인이 공소장변경을 이유로 공판절차의 정지나 속행 등을 요구한 바도 없다). 따라서 원심이 위와 같이 공소장변경허가를 한 후 공판기일을 정지하지 않았다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다.

#### 나. 불법체포 등 주장에 대하여

검사 또는 사법경찰관이 형사소송법 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 긴급체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고, 변명할 기회를 주어야 한다.

이와 같은 고지는 긴급체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 하여야 한다 ( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도 7961 판결 등 참조).

기록에 의하면, 대구지방법검찰청 검사가 2007. 5. 29. 마약류관리에 관한 법률(향정) 위반 혐의로 피고인 1을 긴급체포하기 위하여 위 검찰청 마약수사와 직원들과 함께 위 피고인의 집 앞에서 대기하다가 위 피고인이 집 밖으로 나오자 위 검찰청 직원 중의 한 명이 위 피고인의 이름을 부른 사실, 이에 위 피고인이 도망을 가려고 하자 위 검찰청 직원들이 전기충격기를 발사하여 위 피고인을 제압한 사실, 위 검찰청 직원 중의 한 명이 위 피고인을 제압한 후 체포의 이유 등을 고지한 사실을 알 수 있다.

그렇다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 검찰청 직원들이 도망가려는 위 피고인을 제압한 후에 체포의 이유 등을 고지하였다 하여 위법하다고 할 수 없으므로, 위 체포가 적법함을 전제로 한 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 긴급체포에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다.

#### 함정수사 주장에 대하여

본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다.

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.

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 않지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 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 않는다( 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1이 2005. 5. 25. 공소외 2에게 필로폰 약 0.03g이 든 1회용 주사기를 교부하고, 같은 달 28. 18:00 무렵 필로폰 약 0.03g을 1회용 주사기에 넣고 생수로 희석한 다음 자신의 팔에 주사하여 투약하였는바, 공소외 2가 같은 달 29. 위 사실을 검찰에 신고하여 위 피고인이 체포되도록 하였다.

그러나 공소외 2가 수사기관과 관련을 맺은 상태에서 위 피고인으로 하여금 위와 같이 필로폰을 교부하도록 하거나 필로폰을 투약하도록 유인했다고 볼 아무런 자료가 없으므로, 위 피고인의 필로폰 투약 등이 함정수사에 의한 것이라고 할 수 없다.

원심이 위 피고인의 필로폰 투약 등이 함정수사에 해당하지 않음을 전제로 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 함정수사에 관한 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

#### 5. 검사의 상고이유에 대하여

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 위험한 물건의 "휴대"라 함은 범죄현장에서 사용할 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이에 소지하는 것을 말한다( 대법원 1991. 4. 9. 선고 91도427 판결, 대법원 1992. 5. 12. 선고 92도381 판결 등 참조).

원심은, 피고인 1이 검찰 직원의 전화를 받고 검찰청에 가기 전에 사용한 주사기와 소지하던 칼을 검은 비닐봉지에 담아 버리려고 집 밖으로 나오는 순간 검찰 직원 5~6명이 전기총을 쏘고 쇠파이프로 가격해 손에 들고 있던 비닐봉지를 땅에 떨어뜨렸다고 변소하고 있고, 원심 증인 공소외 2의 진술도 위 피고인이 집 밖으로 나오는 순간 검찰 직원이 호명을 하고 거의 동시에 전기총을 쏘아 제압하였다는 것이며, 원심 증인 공소외 3의 진술도 위 피고인이 정장차림에 비닐봉지를 들고 집 밖으로 나왔다는 것인데, 이러한 정황에 비추어 보면 위 피고인이 칼을 검은 비닐봉지에 담아 버리려고 했다는 변소에 충분히 수긍이 가고, 이와 달리 위 피고인이 범행 현장에서 사용할 의도 아래 흉기를 휴대하였다고 볼 수 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 위험한 물건의 휴대에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 6. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 피고인 2에 대하여는 상고 후의 구금일수 중 일부를 원심판결의 징역 1년의 본형에 산입하기로 하고, 피고인 1에 대하여는 법정통산될 것이므로 따로 산입을 정하지 아니하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김지형(재판장) 고현철 전수안 차한성(주심)