

마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)

[대법원 2011. 11. 10. 2011도8125]



【판시사항】

- [1] 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위가 인정되는 시기 및 피의자 지위에 있지 아니한 자에게 진술거부권이 고지되지 아니한 경우, 진술의 증거능력 유무(적극)
- [2] 피고인들이 중국에 있는 甲과 공모한 후 중국에서 입국하는 乙을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소되었는데 검사가 乙에게서 곡물포대를 건네받아 피고인들에게 전달하는 역할을 한 참고인 丙에 대한 검사 작성 진술조서를 증거로 신청한 사안에서, 丙이 위 범행의 공범으로서 피의자 지위에 있다고 단정한 후 진술거부권 불고지로 인하여 丙에 대한 진술조서의 증거능력이 없다고 본 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례
- [3] 피고인들이 중국에 있는 甲과 공모한 후 중국에서 입국하는 乙을 통하여 인천 국제여객터미널에서 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소된 사안에서, 피고인들에게 필로폰 수입에 관한 범의가 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄를 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.
- [2] 피고인들이 중국에 있는 甲과 공모한 후 중국에서 입국하는 乙을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소되었는데 검사가 乙에게서 곡물포대를 건네받아 피고인들에게 전달하는 역할을 한 참고인 丙에 대한 검사 작성 진술조서를 증거로 신청한 사안에서, 피고인들과 공범관계에 있을 가능성만으로 丙이 참고인으로서는 검찰 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 검사가 丙에 대한 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하여 피의자 지위에 있게 되었다고 단정할 수 없고, 검사가 丙에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼 만한 사정도 기록상 찾을 수 없으며, 오히려 피고인들이 수사과정에서 필로폰이 중국으로부터 수입되는 것인지 몰랐다는 취지로 변소하였기 때문에 피고인들의 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 丙을 참고인으로 조사한 것이라면, 丙은 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없고 참고인으로서는 조사를 받으면서 수사기관에게서 진술거부권을 고지받지 않았다는 이유만으로 그 진술조서가 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없는데도, 아무런 객관적 자료 없이 丙이 피고인들 범행의 공범으로서 피의자 지위에 있다고 단정한 후 진술거부권 불고지로 인하여 丙에 대한 진술조서의 증거능력이 없다고 본 원심판결에는 법리오해의 위법이 있고, 이러한 위법은 주위적 공소사실을 무죄로 인정한 판결 결과에 영향을 미쳤다

고 한 사례.

- [3] 피고인들이 중국에 있는 甲과 공모한 후 중국에서 입국하는 乙을 통하여 인천 국제여객터미널에서 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소된 사안에서, 원심이 배척하지 않은 증거들에 의하여 인정되는 제반 사정을 종합할 때 피고인들이 필로폰이 중국에서 국내로 반입된 것이라는 점에 대하여 인식하였거나 적어도 미필적으로 인식하고 있었다고 인정할 수 있는데도, 피고인들에게 필로폰 수입에 관한 범의가 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄를 인정한 원심판결에는 범죄구성요건의 주관적 요소 또는 자유심증주의에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제244조의3, 제308조의2
[2] 형법 제30조, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목, 제4조 제1항, 제58조 제1항 제6호, 형사소송법 제244조의3, 제308조의2
[3] 형법 제30조, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제4호 (나)목, 제4조 제1항, 제58조 제1항 제6호, 형사소송법 제308조

【참조판례】

- [1] 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결(공2001하, 2633), 대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

【변 호 인】 변호사 이명현 외 3인

【원심판결】 광주고법 2011. 6. 14. 선고 (전주)2011노14 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다. 피고인 1의 상고를 기각한다.

【이유】

】 1. 피고인 1의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인이 자수하였다는 주장은 상고심에 이르러 처음 하는 것으로서 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 피고인이 자수하였다 하더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경 또는 면제할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다 하여 잘못이라고 할 수 없다.

나. 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되는 것이므로, 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서는 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 진술거부권 불고지로 인한 증거능력 부정에 대하여

- 1) 형사소송법 제244조의3은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자를 신문하기 전에 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려주어야 한다고 규정하고 있다.

대법원은 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 하고, 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다는 점을 여러 차례 확인한 바 있다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결).

위와 같이 피의자에 대한 진술거부권의 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위하여 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법의 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 상당하다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127 판결 참조). 따라서 이러한 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다 하더라도 그 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.

- 2) 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

검사는 원심에서 피고인들에 대한 공소사실 중 일부를 " 피고인 1이 중국에 있는 공소외 1과 공모하여 2009. 12. 8. 11:00경 인천 제2국제여객터미널에서 청도발 인천행 여객선을 타고 입국한 공소외 2를 통하여 필로폰 약 1g이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하고, 피고인들이 위 공소외 1과 공모하여 2010. 1. 7. 11:00경 위 여객터미널에서 같은 방법으로 필로폰 약 2g을, 2010. 2. 4. 11:00경 위 여객터미널에서 같은 방법으로 필로폰 약 5g을 각 수입하였다.

"는 요지의 주위적 공소사실과 " 피고인 1이 2009. 12. 8. 11:00경 인천 제2국제여객터미널에서 청도발 인천행 여객선을 타고 입국한 공소외 2를 통하여 필로폰 약 1g이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 매수하고, 피고인들이 공모하여 2010. 1. 7. 11:00경 위 여객터미널에서 같은 방법으로 필로폰 약 2g을, 2010. 2. 4. 11:00경 위 여객터미널에서 같은 방법으로 필로폰 약 5g을 각 매수하였다.

"는 요지의 예비적 공소사실로 하는 공소장 변경을 신청하여 원심이 이를 허가하였다.

검사는 위 주위적 공소사실을 입증하기 위하여 검사 작성의 공소외 3에 대한 진술조서를 증거로 신청하였는데, 원심은 ' 공소외 3은 피고인들이 공소외 1로부터 필로폰을 수입 또는 매수함에 있어 피고인들을 돕기 위하여 피고인들과 함께 또는 홀로 인천국제여객터미널로 가서 공소외 2로부터 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 건네받는 등의 역할을 한 사람이므로 피고인들의 필로폰 수입 또는 매수 범행의 공범으로서 피의자의 지위에 있는데, 공소외 3에 대한 진

술조서는 그것이 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 실질적인 내용과 성격은 공소외 3에 대한 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 따라서 수사기관이 형사소송법 제244조의3 제1항에 따라 공소외 3에게 미리 진술거부권을 고지하였음을 인정할 만한 아무런 자료가 없는 이상 공소외 3에 대한 진술조서는 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다'는 이유로 증거신청을 기각하는 한편, 공소외 3 진술의 특신상태를 입증하기 위하여 검사가 신청한 공소외 3에 대한 영상녹화CD 검증신청도 받아들이지 않았다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 조치 및 판단은 앞서 본 법리 및 기록에 비추어 볼 때 다음과 같은 이유로 그대로 수긍할 수 없다.

원심판결 이유에 의하면, 이 사건 필로폰이 중국에서 국내로 반입되어 피고인들에게 전달되는 과정에서 공소외 3이 인천국제여객터미널에서 공소외 2로부터 필로폰이 은닉된 곡물포대를 건네받아 이를 피고인들에게 전달하는 역할을 하였다는 것이므로, 그에 의하면 공소외 3이 피고인들과 이 사건 필로폰의 수입 내지 매수에 관한 공범관계에 있을 가능성을 배제할 수는 없지만, 공소외 3이 피고인들과 공범관계에 있을 가능성만으로 공소외 3이 이 사건의 참고인으로서 검찰 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 검사가 공소외 3에 대한 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하여 공소외 3이 피의자의 지위에 있게 되었다고 단정할 수 없고 그와 같이 볼 만한 아무런 객관적인 자료가 없으며, 검사가 공소외 3에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼 만한 사정도 기록상 찾을 수 없다.

오히려 피고인들이 이 사건 수사과정에서 이 사건 필로폰이 중국으로부터 수입되는 것인지 몰랐다는 취지로 변소하였기 때문에 피고인들의 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 검사가 이 사건 필로폰이 은닉된 곡물포대를 받아 피고인들에게 전달한 공소외 3을 참고인으로 조사한 것이라면, 공소외 3이 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없고, 공소외 3이 피의자로서의 지위가 아닌 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았다 하더라도 그 이유만으로 그 진술조서가 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다.

그런데도 원심은 아무런 객관적 자료 없이 공소외 3이 피고인들의 필로폰 수입 또는 매수 범행의 공범으로서 피의자의 지위에 있다고 단정한 후 진술거부권 불고지로 인하여 공소외 3에 대한 진술조서의 증거능력이 없다고 판단하고 그 진술조서의 특신상태를 입증하기 위한 검사의 영상녹화CD 검증신청을 받아들이지 아니하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 행해진 피의자 진술의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 이 부분 주위적 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 필로폰 수입에 관한 범의에 대하여

1) 마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제6호 소정의 '수입'이라 함은 그 양과 목적에 관계없이 국외로부터 국내로 반입하는 일체의 행위를 뜻하므로(대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1271 판결), 이 사건에서도 피고인들이 이 사건 필로폰이 중국에서 국내로 반입되는 사정을 인식하거나 미필적으로 인식할 수 있었다면 수입에 관한 범의를 인정할

수 있을 것이다.

2) 그런데 원심은 앞서 본 바와 같이 진술거부권을 고지하지 않아 증거능력이 없다고 판단한 공소외 3에 대한 진술조서를 제외한 나머지 증거들만으로는 피고인들이 위 각 필로폰을 중국으로부터 반입한다는 점에 대한 범의가 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 필로폰 수입에 관한 위 주위적 공소사실을 무죄로 판단하고 필로폰 매수에 관한 예비적 공소사실만 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 그대로 수긍하기 어렵다.

자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실제적 진실발견에 적합하기 때문이라 할 것이므로, 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관은 사실인정에 있어 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다.

또한 증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다 할 것인바, 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결 등 참조).

그런데 원심이 배척하지 않은 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 피고인들이 공소외 3을 통하여 필로폰을 수령한 장소가 중국과 한국을 오가는 여객선 및 화물선이 출입하는 인천국제여객터미널인데, 전주에 거주하는 피고인들이 국내에 있는 필로폰을 매수하기 위하여 3회에 걸쳐 인천국제여객터미널에서 이를 수령하였다는 피고인들의 변소는 쉽게 납득이 되지 않는 점, 공소외 3에게 필로폰이 은닉된 곡물포대를 건네준 공소외 2는 우리나라와 중국을 오가는 보따리상이고, 이 사건 필로폰이 은닉된 곡물포대에는 중국에서 수입된 것으로 추측할 수 있는 고추, 깨, 땅콩, 녹두, 콩의 곡물이 들어 있었던 점, 공소외 2는 경찰 조사 과정에서 ① 피고인 1의 사진을 열람한 후, 2009. 12.경 인천국제여객터미널에서 곡물포대를 받아간 사람이 피고인 1이라고 진술하였고, ② 공소외 3과 피고인 2의 사진을 열람한 후, 2010. 1. 7.경 인천국제여객터미널에서 공소외 3과 피고인 2를 만나 피고인 2로부터 운반비 12만 원을 받고 곡물포대를 넘겨주었다고 진술하였는바, 공소외 2가 법정에서 이러한 경찰에서의 진술을 번복하였다는 이유만으로 공소외 2의 경찰에서의 진술의 신빙성을 쉽사리 배척할 것은 아닌 점, 피고인들이 필로폰 매수를 위하여 매수대금을 입금한 계좌의 명의인은 "JINJIYUAN"으로 되어 있어 피고인들로서는 매수대금을 송금받은 사람이 중국인으로 추측되는 사람의 계좌를 이용한다는 사정을 짐작할 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 종합하면 피고인들로서는 이 사건 필로폰이 중국에서 국내로 반입된 것이라는 점에 대하여 인식하였거나 적어도 미필적으로 인식하고 있었다고 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 제1심판결의 무죄이유를 그대로 수긍하여 이 부분 주위적 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 범죄구성요건의 주관적 요소에 관한 법리를 오해하였거나 증거의 증명력을 판단함에 있어 경험

칙과 논리칙에 어긋나는 판단을 함으로써 자유심증주의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 피고인들에 대한 위 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분은 파기되어야 할 것인바, 위 무죄 부분과 원심이 유죄로 인정한 부분에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 원심판결 전부를 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 피고인 1의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장) 김능환 안대희(주심) 민일영