

마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)

[서울북부지법 2006. 4. 13. 2006노95]



【판시사항】

[1] 넓은 의미의 함정수사의 의미 및 그 적법 여부의 판단 기준 [2] 수사기관(검찰)이 협조자로 하여금 피고인 甲에게 필로폰의 매수제의를 하게 한 후 필로폰을 구해 온 피고인 甲, 乙을 검거하여 필로폰 수수, 판매로 기소한 사안에서, 피고인들이 검찰수사의 대상이 된 경위, 피고인들의 전과관계, 행위속성, 구체적 역할 등을 고려하여, 필로폰을 직접 구해 온 피고인 乙에 대하여는 이른바 '기회제공형 함정수사'로 보아 유죄로 인정하고, 위 협조자와 피고인 乙을 알선한 정도에 그친 피고인 甲에 대하여는 이른바 '범의유발형 함정수사'로 보아 공소를 기각한 사례

【판결요지】

[1] 넓은 의미의 함정수사는 이른바 '기회제공형'과 '범의유발형'으로 구분되어, 전자는 범의를 가진 자에게 단순히 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 하는 것으로 수사방법상 그 상당성이 인정되어 적법한 반면, 후자는 국가에게 요구되는 수사의 엄결성 및 적법절차의 법리에 반하는 것으로 위법한바, 위 두 가지 함정수사의 구별은 결국 수사기관이 범행을 교사할 당시 피교사자에게 이미 범의가 있었는지 여부에 달려있는데, 그러한 사전 범의는 주관적 요소이기에 피교사자가 이를 인정하지 않는 이상 외부로 드러나는 객관적 정황에 의하여 사후적으로 판단할 수밖에 없고, 그 객관적 정황이라 함은 피교사자의 전과, 범죄성향, 대상범죄와 피교사자 간의 거리(밀접성), 범행의 동기 내지 피교사자가 범행으로 얻는 이익, 수사기관의 교사 기술과 방법, 수사기관이 함정수사를 하게 된 경위 등으로 이를 종합적으로 고려하여 피교사자의 사전 범의를 추단해야 한다. [2] 수사기관(검찰)이 협조자로 하여금 피고인 甲에게 필로폰의 매수제의를 하게 한 후 필로폰을 구해 온 피고인 甲, 乙을 검거하여 필로폰 수수, 판매로 기소한 사안에서, 피고인들이 검찰수사의 대상이 된 경위, 피고인들의 전과관계, 행위속성, 구체적 역할 등을 고려하여, 필로폰을 직접 구해 온 피고인 乙에 대하여는 이른바 '기회제공형 함정수사'로 보아 유죄로 인정하고, 위 협조자와 피고인 乙을 알선한 정도에 그친 피고인 甲에 대하여는 이른바 '범의유발형 함정수사'로 보아 공소를 기각한 사례.

【참조조문】

[1] 형법 제13조 [2] 형법 제13조, 마약류관리에 관한 법률 제4조, 제60조, 형사소송법 제327조 제2호

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인외 1인

【검 사】 김충한

【변 호 인】 변호사 김훈

【원심판결】 서울북부지법 2006. 1. 12. 선고 2005고단2567, 2005고단3167(병합) 판결

【주문】

】

피고인들 및 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 판결선고 전의 당심 구금일수 91일을 피고인 1에 대한 원심판결의 형에 산입한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 검사의 함정수사에 관한 주장

이 사건 공소사실 중 피고인들이 공모하여 2005. 10. 6. 필로폰 0.1g을 수수하고, 필로폰 4g을 판매하였다는 점에 관하여 원심은 피고인 1의 함정수사 주장을 배척하고 그에게 유죄를 인정하였으나, 피고인 2는 함정수사로 말미암아 위 범행을 저지르게 되었다고 인정하여 공소기각 판결을 선고하였다.

이에 대하여 피고인 1은 원심이 위 피고인에게 함정수사를 인정하지 아니한 잘못이 있다고 주장하고, 검사는 원심이 피고인 2에게 함정수사를 인정한 잘못이 있다고 주장한다.

나. 피고인들의 양형부당에 관한 주장

피고인들이 자신의 잘못을 뉘우치고 있는 점, 검찰의 함정수사 기회에 이 사건 범행을 저지르게 된 점 등을 고려할 때 원심이 선고한 형(피고인 1은 징역 1년, 피고인 2는 징역 8월)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 함정수사에 대하여

(1) 넓은 의미의 함정수사는 이른바 '기회제공형'과 '범의유발형'으로 구분되어, 전자는 범의를 가진 자에게 단순히 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 하는 것으로 수사방법상 그 상당성이 인정되어 적법한 반면, 후자는 국가에게 요구되는 수사의 엄결성 및 적법절차의 법리에 반하는 것으로 위법하다.

위 두 가지 함정수사의 구별은 결국 수사기관이 범행을 교사할 당시 피교사자에게 이미 범의가 있었는지 여부에 달려있는데, 그러한 사전 범의는 주관적 요소이기에 피교사자가 이를 인정하지 않는 이상 외부로 드러나는 객관적 정황에 의하여 사후적으로 판단할 수밖에 없고, 그 객관적 정황이라 함은 피교사자의 전과, 범죄성향, 대상범죄와 피교사자 간의 거리(밀접성), 범행의 동기 내지 피교사자가 범행으로 얻는 이익, 수사기관의 교사 기술과 방법, 수사기관이 함정수사를 하게 된 경위 등으로 이를 종합적으로 고려하여 피교사자의 사전 범의를 추단해야 한다.

(2) 위와 같은 기준에 근거하여 피고인 1, 2의 각 사전 범의를 살피기로 한다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술을 보태어 보면, 피고인들 모두 요주의 마약사범이라 볼 수 없어 수사기관의 입장에서는 적극적으로 함정수사(이하 모두 '넓은 의미의 함정수사'를 말한다)를 할 필요

성은 없어 보이고, 그 수사 방법도 단순히 공소외인 등으로 하여금 피고인 2에게 약 한 달 동안 수차례 필로폰의 매수제의를 한 후 필로폰을 구매한 피고인들을 체포하는 정도에 불과하나, 한편 마약범죄는 범죄자와 피해자의 동일성, 거래선의 은밀성으로 말미암아 기회제공형 함정수사의 필요성이 가장 큰 유형이고, 공소외인 입장에서는 마약범죄로 구속된 남편을 위한 공적을 만들기 위하여 검찰에 적극 협조할 필요가 있었다.

이러한 상황에서 피고인들 중 2는 검찰 첩보에 가장 먼저 노출이 되어 함정수사의 대상이 되었고, 검찰의 손발이라 할 수 있는 공소외인과 직접 연락 및 교섭을 한 자라는 점에서 검찰수사의 직접 영향권 내에 있었던 반면에 피고인 1은 피고인 2를 통하여 간접적인 수사의 대상이 되었기에 검찰수사와 상당한 거리가 있었다.

다음으로 피고인 1은 이 사건 이전에 이미 필로폰 투약과 판매로 실형전과가 있고 그 필로폰 투약 범죄로 형기를 종료한지 1년 6개월 만에 이 사건 범죄를 다시 저지르게 되었고, 반면에 피고인 2는 마약 관련 전과가 없었는데 위 공소사실과 함께 기소된 이 사건에서 필로폰을 투약한 것이 있을 뿐이고, 그것도 모두 공범이 권유하거나 투약을 도와주어 그 행위속성이 소극적인 반면에 피고인 1은 피고인 2에게 필로폰을 주사해주는 등 마약범죄의 적극성이 엿보인다.

그리고 피고인 2는 공소외인과 피고인 1을 알선하는 역할을 담당했던 정도에 그친 반면에 피고인 1은 필로폰의 양과 가격 조건을 정하고, 직접 마약을 구하였으며 이 사건 마약 판매가 성공하였을 경우 분배되는 이익도 훨씬 더 많이 가져갈 것으로 예상되며, 지갑 안에 필로폰을 소지하고 다니는 등 수사대상 범죄와의 거리도 더 가깝다.

특히 피고인 1은 필로폰을 판매한 전과가 있고 이 사건 필로폰을 직접 구해와 판매하려 하는 등 단순한 마약투약자를 넘어 마약거래선의 일부로 나아갔다는 점에서 피고인 2와 구별되고 이 사건 함정수사의 대상범죄인 마약판매, 수수와 밀접하다.

(3) 위와 같은 사정을 두루 고려하면 피고인 1의 사전 범의를 추단하는데 별 어려움이 없다고 보인다.

반면 피고인 2의 경우 비록 교사의 방법이 단순하고, 그에게 마약관련성이 전혀 없다고는 볼 수 없으나, 앞서 살핀 나머지 기준들에 비추어 보면 피고인 2에게 사전 범의가 있었음을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 추단키는 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(4) 이와 같은 견지에서 원심이 피고인 1에 대하여 기회제공형 함정수사로 보아 위 공소사실을 유죄로 인정하고, 피고인 2에 대하여 범의유발형 함정수사로 보아 위 공소사실에 대한 공소를 기각한 것은 정당하고, 이러한 결론에 이르는 데 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없으므로 피고인 1과 검사의 위 항소논지는 모두 받아들이지 아니한다.

나. 양형부당에 대하여

피고인들이 대체로 범행을 시인하고 있는 점, 이 사건 범행에 이르게 된 경위에 검찰의 함정수사가 상당부분 작용한 점 등은 피고인들을 위하여 참작할 만한 정상이나, 한편 피고인들은 모두 누범기간 중에 있는 점, 특히 피고인 1은 마약 투약으로 형기를 종료한 지 1년 6개월만에 다시 이 사건 범죄를 저지른 점, 기타 범행의 수단과 방법, 범행 후 정황 등 제반 양형조건들을 고려할 때 원심이 선고한 형이 너무 무겁다고 판단되지는 아니하므로 피고인들의 위 항소

논지도 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면 피고인들 및 검사의 항소는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김윤기(재판장) 임성훈 임창현