

마약류관리에관한법률위반(향정)

[대구지방법원 2014. 1. 15. 2013노2740]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 정선제(기소), 최성겸(공판)

【변 호 인】 변호사 김경훈(국선)

【원심판결】 대구지방법원 2013. 8. 22. 선고 2012고단2318 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 1년에 처한다.

피고인으로부터 800,000원을 추징한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인

피고인은 이 사건 공소사실 기재 일시, 장소에서 공소외 1을 만난 사실 조차 없는바, 이 사건 공소사실과 같이 공소외 1에게 필로폰을 매도한 일이 없고, 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1과 공소외 2의 진술은 신빙성이 없다.

나. 법리오해

이 사건 공소사실은 피고인이 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 공소외 1에게 필로폰을 매도하였다는 것인데, '대구 남구 대명11동 1135'는 대구 서부 시외버스터미널의 주소인 것에 반하여 공소외 1은 대구의 어느 시외버스터미널이었는지 여부에 대하여 명확하게 진술하지 못하고 있는바, 범행 장소에 대하여 특징이 되지 아니하였다고 할 것이다.

2. 직권판단

피고인의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 보건대, 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재 불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심법원은 피고인이 공소외 2에 대한 경찰 피의자신문조서(사본)과 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 않자 공소외 2를 증인으로 채택하여 공소외 2의 주소지에 증인소환장을 송달하였으나, 송달이 되지 아니하자 공소외 2에 대한 소재탐지를 촉탁하여 공소외 2가 주소지에 거주하고 있지 않다는 취지의 소재탐지불능보고서를 제출받기는 하였으나, 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에는 휴대전화번호가 기재되어 있음에도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 전화번호로 공소외 2에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 공소외 2의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료는 전혀 보이지 아니한다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 상황이라면 공소외 2의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 공소외 2의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 입증된 경우라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다.

따라서 공소외 2에 대한 위 각 조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로 이를 증거로 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 각 조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정하여 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼았으니, 이러한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 의한 증거능력에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

다만, 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 이 사건 공소사실

피고인은 마약류취급자가 아님에도 2010. 7. 하순 17:00경 대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 교도소 수감시절 알게 된 공소외 1로부터 80만원을 받고 1회용 주사기에 들어있는 향정신성의약품인 메스암페타민 약 0.8그램을 매도하였다.

4. 사실오인 주장에 대한 판단

기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1은 수사기관과 원심법정에서 판시 범죄일시경 대구에 있는 시외버스터미널에서 고향 후배인 공소외 2와 함께 피고인을 만나 80만원을 주고 1회용 주사기 8칸(약 0.8그램)의 필로폰을 받았고, 그날 저녁 11시에 공소외 2와 함께 전주로 가서 전주터미널 부근 모텔에서 공소외 3을 만나 1회용 주사기 2칸(약 0.2그램)의 필로폰을 무상으로 교부하였다고 일관되게 진술하는 점, ② 공소외 1은 원심법정에서, 자신이나 공소외 2의 계좌에서 피고인의 계좌로 필로폰 대금을 송금한 것으로 기억한다고 진술하였지만, 한편 피고인에게 1~2회 돈을 송금한 것이 아니기 때문에 돈을 송금하였는지에 대하여 명확하게 기억나지 않는다고도 진술하였는바, 판시 범죄일시 무렵에 공소외 1, 2 명의의 각 계좌에서 피고인 명의의 계좌로 돈을 송금한 금융거래내역이 발견되지 않았다는 사정만으로 공소외 1이 피고인으로부터 이 사건 공소사실과 같이 필로폰을 매수하였다는 진술의 신빙성까지 부정할 것은 아닌 점, ③ 공소외 1과 함께 대구로 내려가 피고인을 만난 공소외 2는 경찰조사에서, 대구에 도착하여 버스터미널 근처에서 피고인을 만난 후 주택가 골목에서 셋이서 약 30분 정도 이야기를 하며 기다리다가 피고인이 잠시 다녀온다고 하더니 어디엔가 다녀왔으며, 터미널 근처 여관으로 가서 종이에 쌓여 있는 주사기를 공소외 1에게 주는 것을 옆에서 지켜보았고, 당시 피고인을 처음 소개받은 것이었는데, 30분 정도 주택가 골목에서 이야기하였고 여관에서도 얼굴을 보았기 때문에 피고인을 확실히 기억하며, 피고인은 당시 검정색 계통 안경

을 쓰고 있었고 키는 나이에 비해 큰 편이었으며, 구부정하고 걸음걸이가 엉거주춤하며, 다리를 약간 절었던 것 같고, 콤비에 기지바지, 구두를 신었던 것으로 기억한다고 진술하였는바, 피고인을 만나게 된 경위, 만날 당시의 상황, 피고인의 생김새와 특징, 피고인을 만난 이후의 행적 등에 관하여 매우 구체적이고 정확하게 진술하고 있고, 이는 공소외 2가 직접 경험하거나 피고인을 보지 않았다면 진술하기 어려운 내용들로써 신빙성이 매우 높은 점 등을 종합해 보면, 이 사건 공소사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 법리오해 주장에 대한 판단

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이처럼 공소사실의 특징을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4854 판결 등 참조).

기록에 의하면, 공소외 1은 2011. 8. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 피고인으로부터 필로폰을 사기 위해 대구에 내려가 대구에 있는 동대구 시외버스터미널에서 피고인을 만났다고 진술하고, 원심법정에 증인으로 출석하여, 공소외 2와 함께 안산 시외버스터미널에서 버스를 타고 출발하여 판시 범죄일시경 대구에 도착하였는데, 터미널 주소가 대구 남구 대명11동 1135인지, 터미널 이름이 대구 서부시외버스터미널인지 여부는 잘 알지 못하지만, 그 버스터미널에서 피고인을 만나 근처 모텔에 가서 필로폰을 받은 것은 사실이라고 진술하였으며, 공소외 2는 2011. 6. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 가자고 하여 공소외 1과 함께 버스를 타고 대구에 가서 피고인을 만나 공소외 1이 여관에서 피고인으로부터 필로폰을 건네받는 것을 보았다고 진술하고, 2011. 8. 11. 경찰에서 참고인조사를 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 내려가자고 하여 버스를 타고 동대구 시외버스터미널에 가서 터미널 근처에서 피고인을 만났다고 진술하였는바, 공소외 1과 공소외 2는 당시 안산에서 생활하다가 피고인으로부터 필로폰을 매수하기 위하여 대구에 버스를 타고 온 상황이어서 대구의 버스터미널 위치, 이름에 대하여 정확히 알지 못하기는 하나, 그럼에도 버스터미널 근처의 여관에서 공소외 1이 피고인으로부터 필로폰을 매수하였다는 점에서는 일관하여 진술하고 있음을 인정할 수 있다.

여기에 더하여, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 '대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방'이라는 것이고, 피고인은 수사기관에서부터 당심법정에 이르기까지 판시 범죄일시경에 공소외 1을 만난 사실 조차 없다고 부인하면서 이 사건 공소사실에 대하여 충분히 방어하였다고 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 피고인의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 합리적인 정도로 특정된 것으로 볼 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다(다만 이 사건 범죄 장소에 관한 공소외 1과 공소외 2의 위 진술에 비추어 공소사실의 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 부분을 '대구 소재 시외 버스터미널'로 고친다).

6. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없으나, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인

피고인은 이 사건 공소사실 기재 일시, 장소에서 공소외 1을 만난 사실 조차 없는바, 이 사건 공소사실과 같이 공소외 1에게 필로폰을 매도한 일이 없고, 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1과 공소외 2의 진술은 신빙성이 없다.

나. 법리오해

이 사건 공소사실은 피고인이 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 공소외 1에게 필로폰을 매도하였다는 것인데, '대구 남구 대명11동 1135'는 대구 서부 시외버스터미널의 주소인 것에 반하여 공소외 1은 대구의 어느 시외버스터미널이었는지 여부에 대하여 명확하게 진술하지 못하고 있는바, 범행 장소에 대하여 특정이 되지 아니하였다고 할 것이다.

2. 직권판단

피고인의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 보건대, 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재 불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심법원은 피고인이 공소외 2에 대한 경찰 피의자신문조서(사본)과 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 않자 공소외 2를 증인으로 채택하여 공소외 2의 주소지에 증인소환장을 송달하였으나, 송달이 되지 아니하자 공소외 2에 대한 소재탐지를 촉탁하여 공소외 2가 주소지에 거주하고 있지 않다는 취지의 소재탐지불능보고서를 제출받기는 하였으나, 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에는 휴대전화번호가 기재되어 있음에도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 전화번호로 공소외 2에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 공소외 2의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료는 전혀 보이지 아니한다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 상황이라면 공소외 2의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 공소외 2의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 입증된 경우라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다. 따라서 공소외 2에 대한 위 각 조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로 이를 증거로 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 각 조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정하여 이 사건 공소 사실에 대한 유죄의 증거로 삼았으니, 이러한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 의한 증거능력에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

다만, 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 이 사건 공소사실

피고인은 마약류취급자가 아님에도 2010. 7. 하순 17:00경 대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 교도소 수감시절 알게 된 공소외 1로부터 80만원을 받고 1회용 주사기에 들어있는 향정 신성의약품인 메스암페타민 약 0.8그램을 매도하였다.

4. 사실오인 주장에 대한 판단

기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1은 수사기관과 원심법정에서 판시 범죄일시경 대구에 있는 시외버스터미널에서 고향 후배인 공소외 2와 함께 피고인을 만나 80만원을 주고 1회용 주사기 8칸(약 0.8그램)의 필로폰을 받았고, 그날 저녁 11시에 공소외 2와 함께 전주로 가서 전주터미널 부근 모텔에서 공소외 3을 만나 1회용 주사기 2칸(약 0.2그램)의 필로폰을 무상으로 교부하였다고 일관되게 진술하는 점, ② 공소외 1은 원심법정에서, 자신이나 공소외 2의 계좌에서 피고인의 계좌로 필로폰 대금을 송금한 것으로 기억한다고 진술하였지만, 한편 피고인에게 1~2회 돈을 송금한 것이 아니기 때문에 돈을 송금하였는지에 대하여 명확하게 기억나지 않는다고도 진술하였는바, 판시 범죄일시 무렵에 공소외 1, 2 명의의 각 계좌에서 피고인 명의의 계좌로 돈을 송금한 금융거래내역이 발견되지 않았다는 사정만으로 공소외 1이 피고인으로부터 이 사건 공소사실과 같이 필로폰을 매수하였다는 진술의 신빙성까지 부정할 것은 아닌 점, ③ 공소외 1과 함께 대구로 내려가 피고인을 만난 공소외 2는 경찰조사에서, 대구에 도착하여 버스터미널 근처에서 피고인을 만난 후 주택가 골목에서 셋이서 약 30분 정도 이야기를 하며 기다리다가 피고인이 잠시 다녀온다고 하더니 어디엔가 다녀왔으며, 터미널 근처 여관으로 가서 종이에 쌓여 있는 주사기를 공소외 1에게 주는 것을 옆에서 지켜보았고, 당시 피고인을 처음 소개받은 것이었는데, 30분 정도 주택가 골목에서 이야기하였고 여관에서도 얼굴을 보았기 때문에 피고인을 확실히 기억하며, 피고인은 당시 검정색 계통 안경을 쓰고 있었고 키는 나이에 비해 큰 편이었으며, 구부정하고 걸음걸이가 엉거주춤하며, 다리를 약간 절었던 것 같고, 콧비에 기지바지, 구두를 신었던 것으로 기억한다고 진술하였는바, 피고인을 만나게 된 경위, 만날 당시의 상황, 피고인의 생김새와 특징, 피고인을 만난 이후의 행적 등에 관하여 매우 구체적이고 정확하게 진술하고 있고, 이는 공소외 2가 직접 경험하거나 피고인을 보지 않았다면 진술하기 어려운 내용들로서 신빙성이 매우 높은 점 등을 종합해 보면, 이 사건 공소사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 법리오해 주장에 대한 판단

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이처럼 공소사실의 특징을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이

없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4854 판결 등 참조).

기록에 의하면, 공소외 1은 2011. 8. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 피고인으로부터 필로폰을 사기 위해 대구에 내려가 대구에 있는 동대구 시외버스터미널에서 피고인을 만났다고 진술하고, 원심법정에 증인으로 출석하여, 공소외 2와 함께 안산 시외버스터미널에서 버스를 타고 출발하여 판시 범죄일시경 대구에 도착하였는데, 터미널 주소가 대구 남구 대명11동 1135인지, 터미널 이름이 대구 서부시외버스터미널인지 여부는 잘 알지 못하지만, 그 버스터미널에서 피고인을 만나 근처 모텔에 가서 필로폰을 받은 것은 사실이라고 진술하였으며, 공소외 2는 2011. 6. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 가자고 하여 공소외 1과 함께 버스를 타고 대구에 가서 피고인을 만나 공소외 1이 여관에서 피고인으로부터 필로폰을 건네받는 것을 보았다고 진술하고, 2011. 8. 11. 경찰에서 참고인조사를 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 내려가자고 하여 버스를 타고 동대구 시외버스터미널에 가서 터미널 근처에서 피고인을 만났다고 진술하였는바, 공소외 1과 공소외 2는 당시 안산에서 생활하다가 피고인으로부터 필로폰을 매수하기 위하여 대구에 버스를 타고 온 상황이어서 대구의 버스터미널 위치, 이름에 대하여 정확히 알지 못하기는 하나, 그럼에도 버스터미널 근처의 여관에서 공소외 1이 피고인으로부터 필로폰을 매수하였다는 점에서는 일관하여 진술하고 있음을 인정할 수 있다.

여기에 더하여, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 '대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방'이라는 것이고, 피고인은 수사기관에서부터 당심법정에 이르기까지 판시 범죄일시경에 공소외 1을 만난 사실 조차 없다고 부인하면서 이 사건 공소사실에 대하여 충분히 방어하였다고 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 피고인의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 합리적인 정도로 특정된 것으로 볼 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다(다만 이 사건 범죄 장소에 관한 공소외 1과 공소외 2의 위 진술에 비추어 공소사실의 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 부분을 '대구 소재 시외 버스터미널'로 고친다).

6. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없으나, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인

피고인은 이 사건 공소사실 기재 일시, 장소에서 공소외 1을 만난 사실 조차 없는바, 이 사건 공소사실과 같이 공소외 1에게 필로폰을 매도한 일이 없고, 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1과 공소외 2의 진술은 신빙성이 없다.

나. 법리오해

이 사건 공소사실은 피고인이 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 공소외 1에게 필로폰을 매도하였다는 것인데, '대구 남구 대명11동 1135'는 대구 서부시외버스터미널의 주소인 것에 반하여 공소외 1은 대구의 어느 시외버스터미널이었는지 여부에 대하여 명확하게 진술하지 못하고 있는바, 범행 장소에 대하여 특정이 되지 아니하였다고 할 것이다.

2. 직권판단

피고인의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 보건대, 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재 불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심법원은 피고인이 공소외 2에 대한 경찰 피의자신문조서(사본)과 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 않자 공소외 2를 증인으로 채택하여 공소외 2의 주소지에 증인소환장을 송달하였으나, 송달이 되지 아니하자 공소외 2에 대한 소재탐지를 촉탁하여 공소외 2가 주소지에 거주하고 있지 않다는 취지의 소재탐지불능보고서를 제출받기는 하였으나, 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에는 휴대전화번호가 기재되어 있음에도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 전화번호로 공소외 2에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 공소외 2의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료는 전혀 보이지 아니한다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 상황이라면 공소외 2의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 공소외 2의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 입증된 경우라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다. 따라서 공소외 2에 대한 위 각 조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로 이를 증거로 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 각 조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정하여 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼았으니, 이러한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 의한 증거능력에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

다만, 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 이 사건 공소사실

피고인은 마약류취급자가 아님에도 2010. 7. 하순 17:00경 대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 교도소 수감시절 알게 된 공소외 1로부터 80만원을 받고 1회용 주사기에 들어있는 향정 신성의약품인 메스암페타민 약 0.8그램을 매도하였다.

4. 사실오인 주장에 대한 판단

기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1은 수사기관과 원심법정에서 판시 범죄일시경 대구에 있는 시외버스터미널에서 고향 후배인 공소외 2와 함께 피고인을 만나 80만원을 주고 1회용 주사기 8칸(약 0.8그램)의

필로폰을 받았고, 그날 저녁 11시에 공소외 2와 함께 전주로 가서 전주터미널 부근 모텔에서 공소외 3을 만나 1회 용 주사기 2칸(약 0.2그램)의 필로폰을 무상으로 교부하였다고 일관되게 진술하는 점, ② 공소외 1은 원심법정에서, 자신이나 공소외 2의 계좌에서 피고인의 계좌로 필로폰 대금을 송금한 것으로 기억한다고 진술하였지만, 한편 피고인에게 1~2회 돈을 송금한 것이 아니기 때문에 돈을 송금하였는지에 대하여 명확하게 기억나지 않는다고도 진술하였는바, 판시 범죄일시 무렵에 공소외 1, 2 명의의 각 계좌에서 피고인 명의의 계좌로 돈을 송금한 금융거래내역이 발견되지 않았다는 사정만으로 공소외 1이 피고인으로부터 이 사건 공소사실과 같이 필로폰을 매수하였다는 진술의 신빙성까지 부정할 것은 아닌 점, ③ 공소외 1과 함께 대구로 내려가 피고인을 만난 공소외 2는 경찰조사에서, 대구에 도착하여 버스터미널 근처에서 피고인을 만난 후 주택가 골목에서 셋이서 약 30분 정도 이야기를 하며 기다리다가 피고인이 잠시 다녀온다고 하더니 어디엔가 다녀왔으며, 터미널 근처 여관으로 가서 종이에 쌓여 있는 주사기를 공소외 1에게 주는 것을 옆에서 지켜보았고, 당시 피고인을 처음 소개받은 것이었는데, 30분 정도 주택가 골목에서 이야기하였고 여관에서도 얼굴을 보았기 때문에 피고인을 확실히 기억하며, 피고인은 당시 검정색 계통 안경을 쓰고 있었고 키는 나이에 비해 큰 편이었으며, 구부정하고 걸음걸이가 엉거주춤하며, 다리를 약간 절었던 것 같고, 콧비에 기지바지, 구두를 신었던 것으로 기억한다고 진술하였는바, 피고인을 만나게 된 경위, 만날 당시의 상황, 피고인의 생김새와 특징, 피고인을 만난 이후의 행적 등에 관하여 매우 구체적이고 정확하게 진술하고 있고, 이는 공소외 2가 직접 경험하거나 피고인을 보지 않았다면 진술하기 어려운 내용들로써 신빙성이 매우 높은 점 등을 종합해 보면, 이 사건 공소사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 법리오해 주장에 대한 판단

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이처럼 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4854 판결 등 참조).

기록에 의하면, 공소외 1은 2011. 8. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 피고인으로부터 필로폰을 사기 위해 대구에 내려가 대구에 있는 동대구 시외버스터미널에서 피고인을 만났다고 진술하고, 원심법정에 증인으로 출석하여, 공소외 2와 함께 안산 시외버스터미널에서 버스를 타고 출발하여 판시 범죄일시경 대구에 도착하였는데, 터미널 주소가 대구 남구 대명11동 1135인지, 터미널 이름이 대구 서부시외버스터미널인지 여부는 잘 알지 못하지만, 그 버스터미널에서 피고인을 만나 근처 모텔에 가서 필로폰을 받은 것은 사실이라고 진술하였으며, 공소외 2는 2011. 6. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 가자고 하여 공소외 1과 함께 버스를 타고 대구에 가서 피고인을 만나 공소외 1이 여관에서 피고인으로부터 필로폰을 건네받는 것을 보았다고 진술하고, 2011. 8. 11. 경찰에서 참고인조사를 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 내려가자고 하여 버스를 타고 동대구 시외버스터미널에 가서 터미널 근처에서 피고인을 만났다고 진술하였는바, 공소외 1과 공소외 2는 당시 안산에서 생활하다가 피고인으로부터 필로폰을 매수하기 위하여 대구에 버스를 타고 온 상황이어서 대구의 버스터미널 위치, 이름에 대하여 정확히 알지 못하기는 하나, 그럼에도 버스터미널 근처의 여관에서 공소외 1이 피고인으로부터 필로폰을 매수하였다는 점

에서는 일관하여 진술하고 있음을 인정할 수 있다.

여기에 더하여, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 '대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방'이라는 것이고, 피고인은 수사기관에서부터 당심법정에 이르기까지 판시 범죄일시경에 공소외 1을 만난 사실 조차 없다고 부인하면서 이 사건 공소사실에 대하여 충분히 방어하였다고 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 피고인의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 합리적인 정도로 특정된 것으로 볼 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다(다만 이 사건 범죄 장소에 관한 공소외 1과 공소외 2의 위 진술에 비추어 공소사실의 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 부분을 '대구 소재 시외 버스터미널'로 고친다).

6. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없으나, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인

피고인은 이 사건 공소사실 기재 일시, 장소에서 공소외 1을 만난 사실 조차 없는바, 이 사건 공소사실과 같이 공소외 1에게 필로폰을 매도한 일이 없고, 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1과 공소외 2의 진술은 신빙성이 없다.

나. 법리오해

이 사건 공소사실은 피고인이 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 공소외 1에게 필로폰을 매도하였다는 것인데, '대구 남구 대명11동 1135'는 대구 서부 시외버스터미널의 주소인 것에 반하여 공소외 1은 대구의 어느 시외버스터미널이었는지 여부에 대하여 명확하게 진술하지 못하고 있는바, 범행 장소에 대하여 특정이 되지 아니하였다고 할 것이다.

2. 직권판단

피고인의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 보건대, 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재 불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심법원은 피고인이 공소외 2에 대한 경찰 피의자신문조서(사본)과 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 않자 공소외 2를 증인으로 채택하여 공소외 2의 주소지에 증인소환장을 송달하였으나, 송달이 되지 아니하자

공소외 2에 대한 소재탐지를 촉탁하여 공소외 2가 주소지에 거주하고 있지 않다는 취지의 소재탐지불능보고서를 제출받기는 하였으나, 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에는 휴대전화번호가 기재되어 있음에도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 전화번호로 공소외 2에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 공소외 2의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료는 전혀 보이지 아니한다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 상황이라면 공소외 2의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 공소외 2의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 입증된 경우라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다. 따라서 공소외 2에 대한 위 각 조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로 이를 증거로 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 각 조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정하여 이 사건 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼았으니, 이러한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 의한 증거능력에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

다만, 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 이 사건 공소사실

피고인은 마약류취급자가 아님에도 2010. 7. 하순 17:00경 대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방에서 교도소 수감시절 알게 된 공소외 1로부터 80만원을 받고 1회용 주사기에 들어있는 향정 신성의약품인 메스암페타민 약 0.8그램을 매도하였다.

4. 사실오인 주장에 대한 판단

기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1은 수사기관과 원심법정에서 판시 범죄일시경 대구에 있는 시외버스터미널에서 고향 후배인 공소외 2와 함께 피고인을 만나 80만원을 주고 1회용 주사기 8칸(약 0.8그램)의 필로폰을 받았고, 그날 저녁 11시에 공소외 2와 함께 전주로 가서 전주터미널 부근 모텔에서 공소외 3을 만나 1회용 주사기 2칸(약 0.2그램)의 필로폰을 무상으로 교부하였다고 일관되게 진술하는 점, ② 공소외 1은 원심법정에서, 자신이나 공소외 2의 계좌에서 피고인의 계좌로 필로폰 대금을 송금한 것으로 기억한다고 진술하였지만, 한편 피고인에게 1~2회 돈을 송금한 것이 아니기 때문에 돈을 송금하였는지에 대하여 명확하게 기억나지 않는다고도 진술하였는바, 판시 범죄일시 무렵에 공소외 1, 2 명의의 각 계좌에서 피고인 명의의 계좌로 돈을 송금한 금융거래내역이 발견되지 않았다는 사정만으로 공소외 1이 피고인으로부터 이 사건 공소사실과 같이 필로폰을 매수하였다는 진술의 신빙성까지 부정할 것은 아닌 점, ③ 공소외 1과 함께 대구로 내려가 피고인을 만난 공소외 2는 경찰조사에서, 대구에 도착하여 버스터미널 근처에서 피고인을 만난 후 주택가 골목에서 셋이서 약 30분 정도 이야기를 하며 기다리다가 피고인이 잠시 다녀온다고 하더니 어디엔가 다녀왔으며, 터미널 근처 여관으로 가서 종이에 쌓여 있는 주사기를 공소외 1에게 주는 것을 옆에서 지켜보았고, 당시 피고인을 처음 소개받은 것이었는데, 30분 정도 주택가 골목에서 이야기하였고 여관에서도 얼굴을 보았기 때문에 피고인을 확실히 기억하며, 피고인은 당시 검정색 계통 안경을 쓰고 있었고 키는 나이에 비해 큰 편이었으며, 구부정하고 걸음걸이가 엉거주춤하며, 다리를 약간 절었던 것 같고, 콧비에 기지바지, 구두를 신었던 것으로 기억한다고 진술하였는바, 피고인을 만나게 된 경위, 만날 당시의 상황,

피고인의 생김새와 특징, 피고인을 만난 이후의 행적 등에 관하여 매우 구체적이고 정확하게 진술하고 있고, 이는 공소외 2가 직접 경험하거나 피고인을 보지 않았다면 진술하기 어려운 내용들로서 신빙성이 매우 높은 점 등을 종합해 보면, 이 사건 공소사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 법리오해 주장에 대한 판단

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이처럼 공소사실의 특징을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4854 판결 등 참조).

기록에 의하면, 공소외 1은 2011. 8. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 피고인으로부터 필로폰을 사기 위해 대구에 내려가 대구에 있는 동대구 시외버스터미널에서 피고인을 만났다고 진술하고, 원심법정에 증인으로 출석하여, 공소외 2와 함께 안산 시외버스터미널에서 버스를 타고 출발하여 판시 범죄일시경 대구에 도착하였는데, 터미널 주소가 대구 남구 대명11동 1135인지, 터미널 이름이 대구 서부시외버스터미널인지 여부는 잘 알지 못하지만, 그 버스터미널에서 피고인을 만나 근처 모텔에 가서 필로폰을 받은 것은 사실이라고 진술하였으며, 공소외 2는 2011. 6. 29. 경찰에서 피의자신문을 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 가자고 하여 공소외 1과 함께 버스를 타고 대구에 가서 피고인을 만나 공소외 1이 여관에서 피고인으로부터 필로폰을 건네받는 것을 보았다고 진술하고, 2011. 8. 11. 경찰에서 참고인조사를 받으면서, 공소외 1이 대구에 함께 내려가자고 하여 버스를 타고 동대구 시외버스터미널에 가서 터미널 근처에서 피고인을 만났다고 진술하였는바, 공소외 1과 공소외 2는 당시 안산에서 생활하다가 피고인으로부터 필로폰을 매수하기 위하여 대구에 버스를 타고 온 상황이어서 대구의 버스터미널 위치, 이름에 대하여 정확히 알지 못하기는 하나, 그럼에도 버스터미널 근처의 여관에서 공소외 1이 피고인으로부터 필로폰을 매수하였다는 점에서는 일관하여 진술하고 있음을 인정할 수 있다.

여기에 더하여, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 '대구 소재 시외버스터미널 인근의 상호를 알 수 없는 여관의 호실을 알 수 없는 방'이라는 것이고, 피고인은 수사기관에서부터 당심법정에 이르기까지 판시 범죄일시경에 공소외 1을 만난 사실 조차 없다고 부인하면서 이 사건 공소사실에 대하여 충분히 방어하였다고 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실의 범죄 장소는 피고인의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 합리적인 정도로 특정된 것으로 볼 수 있으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다(다만 이 사건 범죄 장소에 관한 공소외 1과 공소외 2의 위 진술에 비추어 공소사실의 '대구 남구 대명11동 1135에 있는 대구 시외버스터미널' 부분을 '대구 소재 시외 버스터미널'로 고친다).

6. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없으나, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.