

## 마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류불법거래방지에관한특례법위반

### ·사기·마약류관리에관한법률위반(대마)

[서울중앙지방법원 2006. 9. 29. 2006노1561]



#### 【전문】

#### 【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들과 검사

【검 사】 고민석

【변 호 인】 변호사 박종철외 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2006. 5. 24. 선고 2005고단6978, 2006고단518(병합) 판결

#### 【주문】

】

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기한다.

피고인들을 징역 1년 2월에 각 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 165일씩을 피고인들에 대한 위 형에 각 산입한다.

압수된 백색 결정체 합계 14.8g(감정소모량 제외, 증제1호, 증제2호), 비닐봉지와 화장지 등(증제3호)을 피고인 1로부터 몰수한다.

피고인 2로부터 1,500원을 추징한다.

검사의 항소를 기각한다.

#### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 원심판결 중 공소기각 부분에 관하여

검사는 피고인 1의 모발에 대한 감정결과를 근거로 피고인 1이 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 메스암페타민(이하 '필로폰'이라 한다)을 투약한 것으로 기소하였던바, 마약범죄의 특성을 고려할 때 위와 같이 범행 시기를 특정하였다면 공소사실이 특정된 것으로 봄이 상당하다 할 것임에도 불구하고, 원심은 공소사실이 특정되지 아니하였다는 이유로 이 부분 공소를 기각하였으므로, 원심판결 중 공소기각 부분은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 원심판결 중 무죄 부분에 관하여

검사가 제출한 각 증거에 의하면, 피고인들에 대한 각 무죄 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분함에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 위 각 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

나. 피고인들

(1) 사실오인( 피고인 2)

피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10. 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 없음에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

(2) 양형부당

피고인들에 대하여 원심이 선고한 각 형량이 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 주장에 대한 판단

(1) 공소기각 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 부산 연제구 이하 불상지에서 필로폰 불상량을 맥주에 타서 마시거나 1회용 주사기에 넣어 희석한 다음 자신의 팔 혈관에 주사하는 방법으로 이를 투약하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 위 공소사실은 형사소송법 제254조 제4항 소정의 요건을 구비하지 아니하여 특정되지 아니하였다는 이유로 공소를 기각하였다.

(나) 당심의 판단

형사소송법 제254조 제4항은 '공소사실의 기재는 범죄의 시일·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정하여야 한다'고 규정하고 있는바, 범죄의 성격상 범행 일시·장소 등에 관하여 개괄적으로 기재할 수 밖에 없는 경우가 있다고 하더라도 검사로서는 가능한 한 이를 특정하여야 할 것이고, 이에 이르지 아니함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래하는 경우에는 공소사실이 특정된 것이라고 할 수 없다.

검사는 2005. 12. 10. 채취한 피고인 1의 모발(길이 3cm 내지 3.5cm) 약 70수를 가스크로마토그래피/질량분석법에 의하여 실험한 결과 필로폰 성분이 검출되었다는 대검찰청 과학수사과의 감정결과와 모발이 1개월에 0.9cm 내지 1.2cm 성장하는 점에 근거하여, 피고인 1이 그 모발을 채취한 날인 2005. 12. 10.로부터 역산하여 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20. 사이에 필로폰을 투약한 것으로 기소하였으나, 위 공소사실에 적시된 범행 일시는 그 기간이 3개월 정도에 이르러 피고인 1의 방어권 행사에 지장이 없다고 할 수 없고, 범행 장소나 투약한 필로폰의 양과 투약 방법 또한 막연히 피고인 1의 주거지나 종전 범행시 투약한 필로폰의 양과 투약 방법을 근거로 한 것에 불과하여, 이러한 공소사실의 기재만으로는 위 공소사실이 특정되었다고 할 수 없다.

그러므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 위 공소사실에 대하여 공소를 기각한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장은 이유 없다.

(2) 피고인들에 대한 2005. 9. 일자불상 14:00경 필로폰 10g 매매의 점에 관한 무죄 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 9. 일자불상 14:00경 광명시 소재 광명고속전철역 앞 광장에서 피고인 2에게 필로폰 매매대금으로 200만 원을 주고 피고인 2로부터 필로폰 약 10g을 건네받아 이를 매수하고, 피고인

2는 위와 같이 피고인 1로부터 200만 원을 받고 필로폰 약 10g을 건네주어 이를 매도하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 피고인 2에 대한 검사 피의자신문조서는 신빙성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 위 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

#### (나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다.

그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는, 피고인 1이 당심과 원심에서 위 각 조서의 형식적 진정성립은 인정하고 있으나, 체포 당시 머리를 다쳐 검찰에서 조사받은 기억이 전혀 없다는 취지로 그 실질적 진정성립을 부인하고 있고, 한편 피고인 2는 위 각 조서를 증거로 함에 동의하지 아니하므로 증거능력이 없다.

또한, 검사 작성의 피고인 2에 대한 피의자신문조서는, 피고인 2와 피고인 1 모두 원심과 당심에서 일관하여 위 범행을 부인하고 있는 점( 피고인 2는 검찰에서 위 공소사실을 자백한 바 있으나, 이는 검찰수사관이 2005. 12. 10. 피고인 1에게 백반 15g을 판매한 행위가 살인미수죄에 해당한다고 협박하는 한편, 위 공소사실을 자백할 경우 살인미수죄로 처벌하지 아니할 것처럼 피고인 2를 회유하여 허위로 자백한 것이라고 주장하고 있다), 공판기록에 편철된 통화내역(제250면), 사실조회회신(제71면, 제101면)의 각 기재와 수사기록에 편철된 통화내역(제95면)의 기재에 의하면, 피고인들은 2005. 12. 10. 범행 당일에는 수차례에 걸쳐 핸드폰으로 상호 전화연락을 한 반면, 위 공소사실 범행 무렵인 2005. 9.경에는 피고인 1이 피고인 2에게 한 차례도 핸드폰으로 전화연락을 하지 아니한 사실이 인정되는 점( 피고인 1은 2005. 12. 10. 범행 당시 처음 피고인 2를 만난 관계로 그의 인상착의를 알지 못하여 수차 통화하게 되었다고 주장하고 있는데, 피고인들이 공소사실과 같이 2005. 9.경 필로폰 거래를 한 바 있다면 2005. 12. 10. 범행 당시 위와 같이 수차 통화할 이유가 없다) 등에 비추어 믿을 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

#### (2) 피고인 1에 대한 2005. 10. 일자불상 21:00경 필로폰 0.53g 교부의 점에 관한 무죄 부분

##### (가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 10. 일자불상 21:00경 아산시 소재 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인의 승용차에 탄 채로 공소외인에게 필로폰 0.53g을 건네주어 이를 교부하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 공소외인의 원심과 수사기관에서의 진술은 신빙성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고인 1에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 증인 공소외인의 원심 법정에서의 진술과 검사 작성의 피고인 1과 공소외인에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다.

그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는 앞서 본 바와 같은 이유로 증거능력이 없다.

공소외인은 검찰과 원심에서, 2005. 9. 하순부터 10.경 피고인 1에게 100만 원을 대여하였는데, 같은 해 10.경 피고인 1로부터 만나자는 연락을 받고 그 무렵 아산시에 있는 천안아산고속전철역으로 가 주차장에 승용차를 주차한 다음, 피고인 1에게 핸드폰으로 전화를 걸어 주차장에서 처음 피고인 1을 만나 승용차 안에서 피고인 1로부터 필로폰 0.53g을 건네받았다고 진술하였다가, 공판기록에 편철된 각 통화내역서의 기재에 의하더라도 위 기간 동안 천안아산고속전철역에서 피고인 1에게 전화연락을 하지 않은 것으로 드러나자, 당심에 이르러서는 2005. 8.경 위 천안아산고속전철역에서 피고인 1로부터 필로폰을 건네받았다고 범행 시점에 관한 진술을 반복하고 있다.

살피건대, 공소외인이 자수하는 마당에 위증으로 인한 처벌을 무릅쓰면서 피고인 1로부터 필로폰을 교부받은 것으로 허위진술을 할 만한 이유가 없고, 위 각 통화내역서의 기재에 의하면, 피고인 1과 공소외인이 2005. 9. 이후만도 수십 차례에 걸쳐 핸드폰으로 서로 통화한 사실을 인정할 수 있는데, 그들이 필로폰 거래와 관련하여 위와 같이 계속적으로 통화한 것으로 볼 여지도 없지 아니하다는 점에서 공소외인의 진술에 믿을 만한 면도 없지는 아니하나, 한편, 위 각 통화내역과 원심과 당심의 사실조회회신의 각 기재에 의하면, 범행 장소인 천안아산고속전철역은 아산시 배방면 장재리 305에 위치하고 있고, 그 인근 기지국 3개소는 모두 아산시 배방면에 위치하고 있는 사실, 그런데 공소외인의 진술과는 달리 공소외인이 2005. 10.경에는 물론, 같은 해 8.과 9.에도 위 기지국 3개소 내에서 피고인 1에게 핸드폰으로 통화한 적이 없는 사실이 인정되는 점, 공소외인은 피고인 1에게 빌려 준 금원을 반환받는 문제로 피고인 1을 만났다가 피고인 1로부터 필로폰을 교부받게 되었다고 진술하고 있으나, 위와 같은 이유에서라면 피고인 1로부터 금원을 송금받으면 되지 굳이 만날 필요가 없는 등 공소외인이 피고인 1을 만나 피고인 1로부터 필로폰을 받게 된 경위에 관한 진술에 석연치 아니한 점, 공소외인이 2005. 8.경 내지 같은 해 10. 피고인 1로부터 받은 필로폰을 2005. 12. 5.경까지 투약하지 아니하고 그대로 보관하고 있다가 2005. 12. 5. 필로폰을 투약하고 수사기관에 자수하였다는 진술도 그대로 믿기 어려운 점 등에 비추어 보면, 공소외인의 진술만으로는 피고인 1이 다른 일시, 장소에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것은 별론으로 하고, 적어도 공소사실과 같이 2005. 10. 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것이라고는 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

나. 피고인들의 주장에 대한 판단

(1) 먼저, 피고인 2의 사실오인 주장에 관하여 살피건대, 원심 판시 각 증거에 의하면, 피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10.경까지 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 넉넉히 인정되므로, 피고인 2의 위 주장

은 이유 없다.

- (2) 다음으로, 피고인들의 양형부당 주장에 관하여 살피건대, 이 사건과 같은 마약 범죄로 인하여 피고인 1은 6회, 피고인 2는 2회에 걸쳐 실형으로 처벌받은 전력이 있기는 하나, 이 사건 공소사실 중 유죄로 인정되는 부분은 피고인 1이 백반 15g을 필로폰으로 인식하여 피고인 2로부터 이를 매수한 것과 피고인 2가 그 대금 명목으로 피고인 1로부터 270만 원을 편취한 것, 피고인 2가 대마를 1회 흡연한 것이 전부인 점, 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경 등 이 사건에 나타난 제반 양형조건들을 감안하여 보면, 원심이 선고한 형량은 너무 무거워서 부당하고, 이를 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

따라서, 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인들의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

- (1) 원심판결 중 공소기각 부분에 관하여

검사는 피고인 1의 모발에 대한 감정결과를 근거로 피고인 1이 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 메스암페타민(이하 '필로폰'이라 한다)을 투약한 것으로 기소하였던바, 마약범죄의 특성을 고려할 때 위와 같이 범행 시기를 특정하였다면 공소사실이 특정된 것으로 봄이 상당하다 할 것임에도 불구하고, 원심은 공소사실이 특정되지 아니하였다는 이유로 이 부분 공소를 기각하였으므로, 원심판결 중 공소기각 부분은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 것이다.

- (2) 원심판결 중 무죄 부분에 관하여

검사가 제출한 각 증거에 의하면, 피고인들에 대한 각 무죄 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분함에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 위 각 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

###### 나. 피고인들

- (1) 사실오인( 피고인 2)

피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10. 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 없음에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

- (2) 양형부당

피고인들에 대하여 원심이 선고한 각 형량이 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 판단

### 가. 검사의 주장에 대한 판단

#### (1) 공소기각 부분

##### (가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 부산 연제구 이하 불상지에서 필로폰 불상량을 맥주에 타서 마시거나 1회용 주사기에 넣어 희석한 다음 자신의 팔 혈관에 주사하는 방법으로 이를 투약하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 위 공소사실은 형사소송법 제254조 제4항 소정의 요건을 구비하지 아니하여 특정되지 아니하였다는 이유로 공소를 기각하였다.

##### (나) 당심의 판단

형사소송법 제254조 제4항은 '공소사실의 기재는 범죄의 시일·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정하여야 한다'고 규정하고 있는바, 범죄의 성격상 범행 일시·장소 등에 관하여 개괄적으로 기재할 수 밖에 없는 경우가 있다고 하더라도 검사로서는 가능한 한 이를 특정하여야 할 것이고, 이에 이르지 아니함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래하는 경우에는 공소사실이 특정된 것이라고 할 수 없다.

검사는 2005. 12. 10. 채취한 피고인 1의 모발(길이 3cm 내지 3.5cm) 약 70수를 가스크로마토그래피/질량분석법에 의하여 실험한 결과 필로폰 성분이 검출되었다는 대검찰청 과학수사과의 감정결과와 모발이 1개월에 0.9cm 내지 1.2cm 성장하는 점에 근거하여, 피고인 1이 그 모발을 채취한 날인 2005. 12. 10.로부터 역산하여 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20. 사이에 필로폰을 투약한 것으로 기소하였으나, 위 공소사실에 적시된 범행 일시는 그 기간이 3개월 정도에 이르러 피고인 1의 방어권 행사에 지장이 없다고 할 수 없고, 범행 장소나 투약한 필로폰의 양과 투약 방법 또한 막연히 피고인 1의 주거지나 종전 범행시 투약한 필로폰의 양과 투약 방법을 근거로 한 것에 불과하여, 이러한 공소사실의 기재만으로는 위 공소사실이 특정되었다고 할 수 없다.

그러므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 위 공소사실에 대하여 공소를 기각한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장은 이유 없다.

#### (2) 피고인들에 대한 2005. 9. 일자불상 14:00경 필로폰 10g 매매의 점에 관한 무죄 부분

##### (가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 9. 일자불상 14:00경 광명시 소재 광명고속전철역 앞 광장에서 피고인 2에게 필로폰 매매대금으로 200만 원을 주고 피고인 2로부터 필로폰 약 10g을 건네받아 이를 매수하고, 피고인 2는 위와 같이 피고인 1로부터 200만 원을 받고 필로폰 약 10g을 건네주어 이를 매도하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 피고인 2에 대한 검사 피의자신문조서는 신빙성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 위 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다. 그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는, 피고인 1이 당심과 원심에서 위 각 조서의 형식적 진정성립은 인정하고 있으나, 체포 당시 머리를 다쳐 검찰에서 조사받은 기억이 전혀 없다는 취지로 그 실질적 진정성립을 부인하고 있고, 한편 피고인 2는 위 각 조서를 증거로 함에 동의하지 아니하므로 증거능력이 없다.

또한, 검사 작성의 피고인 2에 대한 피의자신문조서는, 피고인 2와 피고인 1 모두 원심과 당심에서 일관하여 위 범행을 부인하고 있는 점( 피고인 2는 검찰에서 위 공소사실을 자백한 바 있으나, 이는 검찰수사관이 2005. 12. 10. 피고인 1에게 백반 15g을 판매한 행위가 살인미수죄에 해당한다고 협박하는 한편, 위 공소사실을 자백할 경우 살인미수죄로 처벌하지 아니할 것처럼 피고인 2를 회유하여 허위로 자백한 것이라고 주장하고 있다), 공판기록에 편철된 통화내역(제250면), 사실조회회신(제71면, 제101면)의 각 기재와 수사기록에 편철된 통화내역(제95면)의 기재에 의하면, 피고인들은 2005. 12. 10. 범행 당일에는 수차례에 걸쳐 핸드폰으로 상호 전화연락을 한 반면, 위 공소사실 범행 무렵인 2005. 9.경에는 피고인 1이 피고인 2에게 한 차례도 핸드폰으로 전화연락을 하지 아니한 사실이 인정되는 점( 피고인 1은 2005. 12. 10. 범행 당시 처음 피고인 2를 만난 관계로 그의 인상착의를 알지 못하여 수차 통화하게 되었다고 주장하고 있는데, 피고인들이 공소사실과 같이 2005. 9.경 필로폰 거래를 한 바 있다면 2005. 12. 10. 범행 당시 위와 같이 수차 통화할 이유가 없다) 등에 비추어 믿을 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

(2) 피고인 1에 대한 2005. 10. 일자불상 21:00경 필로폰 0.53g 교부의 점에 관한 무죄 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 10. 일자불상 21:00경 아산시 소재 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인의 승용차에 탄 채로 공소외인에게 필로폰 0.53g을 건네주어 이를 교부하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 공소외인의 원심과 수사기관에서의 진술은 신빙성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고인 1에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 증인 공소외인의 원심 법정에서의 진술과 검사 작성의 피고인 1과 공소외인에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다.

그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는 앞서 본 바와 같은 이유로 증거능력이 없다.

공소외인은 검찰과 원심에서, 2005. 9. 하순부터 10.경 피고인 1에게 100만 원을 대여하였는데, 같은 해 10.경 피고인 1로부터 만나자는 연락을 받고 그 무렵 아산시에 있는 천안아산고속전철역으로 가 주차장에 승용차를 주차한 다음, 피고인 1에게 핸드폰으로 전화를 걸어 주차장에서 처음 피고인 1을 만나 승용차 안에서 피고인 1로부터 필로폰 0.53g을 건네받았다고 진술하였다가, 공판기록에 편철된 각 통화내역서의 기재에 의하더라도 위 기간 동안 천안아산고속전철역에서 피고인 1에게 전화연락을 하지 않은 것으로 드러나자, 당심에 이르러서는 2005. 8.경 위 천안아산고속전철역에서 피고인 1로부터 필로폰을 건네받았다고 범행 시점에 관한 진술을 반복하고 있다.

살피건대, 공소외인이 자수하는 마당에 위증으로 인한 처벌을 무릅쓰면서 피고인 1로부터 필로폰을 교부받은 것으로 허위진술을 할 만한 이유가 없고, 위 각 통화내역서의 기재에 의하면, 피고인 1과 공소외인이 2005. 9. 이후만도 수십 차례에 걸쳐 핸드폰으로 서로 통화한 사실을 인정할 수 있는데, 그들이 필로폰 거래와 관련하여 위와 같이 계속적으로 통화한 것으로 볼 여지도 없지 아니하다는 점에서 공소외인의 진술에 믿을 만한 면도 없지는 아니하나, 한편, 위 각 통화내역과 원심과 당심의 사실조회회신의 각 기재에 의하면, 범행 장소인 천안아산고속전철역은 아산시 배방면 장재리 305에 위치하고 있고, 그 인근 기지국 3개소는 모두 아산시 배방면에 위치하고 있는 사실, 그런데 공소외인의 진술과는 달리 공소외인이 2005. 10.경에는 물론, 같은 해 8.과 9.에도 위 기지국 3개소 내에서 피고인 1에게 핸드폰으로 통화한 적이 없는 사실이 인정되는 점, 공소외인은 피고인 1에게 빌려 준 금원을 반환받는 문제로 피고인 1을 만났다가 피고인 1로부터 필로폰을 교부받게 되었다고 진술하고 있으나, 위와 같은 이유에서라면 피고인 1로부터 금원을 송금받으면 되지 굳이 만날 필요가 없는 등 공소외인이 피고인 1을 만나 피고인 1로부터 필로폰을 받게 된 경위에 관한 진술에 석연치 아니한 점, 공소외인이 2005. 8.경 내지 같은 해 10. 피고인 1로부터 받은 필로폰을 2005. 12. 5.경까지 투약하지 아니하고 그대로 보관하고 있다가 2005. 12. 5. 필로폰을 투약하고 수사기관에 자수하였다는 진술도 그대로 믿기 어려운 점 등에 비추어 보면, 공소외인의 진술만으로는 피고인 1이 다른 일시, 장소에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것은 별론으로 하고, 적어도 공소사실과 같이 2005. 10. 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것이라고는 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

#### 나. 피고인들의 주장에 대한 판단

- (1) 먼저, 피고인 2의 사실오인 주장에 관하여 살피건대, 원심 판시 각 증거에 의하면, 피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10.경까지 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 넉넉히 인정되므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.



(2) 다음으로, 피고인들의 양형부당 주장에 관하여 살피건대, 이 사건과 같은 마약 범죄로 인하여 피고인 1은 6회, 피고인 2는 2회에 걸쳐 실형으로 처벌받은 전력이 있기는 하나, 이 사건 공소사실 중 유죄로 인정되는 부분은 피고인 1이 백반 15g을 필로폰으로 인식하여 피고인 2로부터 이를 매수한 것과 피고인 2가 그 대금 명목으로 피고인 1로부터 270만 원을 편취한 것, 피고인 2가 대마를 1회 흡연한 것이 전부인 점, 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경 등 이 사건에 나타난 제반 양형조건들을 감안하여 보면, 원심이 선고한 형량은 너무 무거워서 부당하고, 이를 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

따라서, 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인들의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

##### (1) 원심판결 중 공소기각 부분에 관하여

검사는 피고인 1의 모발에 대한 감정결과를 근거로 피고인 1이 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 메스암페타민(이하 '필로폰'이라 한다)을 투약한 것으로 기소하였던바, 마약범죄의 특성을 고려할 때 위와 같이 범행 시기를 특정하였다면 공소사실이 특정된 것으로 봄이 상당하다 할 것임에도 불구하고, 원심은 공소사실이 특정되지 아니하였다는 이유로 이 부분 공소를 기각하였으므로, 원심판결 중 공소기각 부분은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 것이다.

##### (2) 원심판결 중 무죄 부분에 관하여

검사가 제출한 각 증거에 의하면, 피고인들에 대한 각 무죄 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분함에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 위 각 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

###### 나. 피고인들

##### (1) 사실오인( 피고인 2)

피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10. 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 없음에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

##### (2) 양형부당

피고인들에 대하여 원심이 선고한 각 형량이 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

#### 가. 검사의 주장에 대한 판단

(1) 공소기각 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20.경 사이에 부산 연제구 이하 불상지에서 필로폰 불상량을 맥주에 타서 마시거나 1회용 주사기에 넣어 희석한 다음 자신의 팔 혈관에 주사하는 방법으로 이를 투약하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 위 공소사실은 형사소송법 제254조 제4항 소정의 요건을 구비하지 아니하여 특정되지 아니하였다는 이유로 공소를 기각하였다.

(나) 당심의 판단

형사소송법 제254조 제4항은 '공소사실의 기재는 범죄의 시일·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정하여야 한다'고 규정하고 있는바, 범죄의 성격상 범행 일시·장소 등에 관하여 개괄적으로 기재할 수 밖에 없는 경우가 있다고 하더라도 검사로서는 가능한 한 이를 특정하여야 할 것이고, 이에 이르지 아니함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래하는 경우에는 공소사실이 특정된 것이라고 할 수 없다.

검사는 2005. 12. 10. 채취한 피고인 1의 모발(길이 3cm 내지 3.5cm) 약 70수를 가스크로마토그래피/질량분석법에 의하여 실험한 결과 필로폰 성분이 검출되었다는 대검찰청 과학수사과의 감정결과와 모발이 1개월에 0.9cm 내지 1.2cm 성장하는 점에 근거하여, 피고인 1이 그 모발을 채취한 날인 2005. 12. 10.로부터 역산하여 2005. 8. 하순경부터 2005. 11. 20. 사이에 필로폰을 투약한 것으로 기소하였으나, 위 공소사실에 적시된 범행 일시는 그 기간이 3개월 정도에 이르러 피고인 1의 방어권 행사에 지장이 없다고 할 수 없고, 범행 장소나 투약한 필로폰의 양과 투약 방법 또한 막연히 피고인 1의 주거지나 종전 범행시 투약한 필로폰의 양과 투약 방법을 근거로 한 것에 불과하여, 이러한 공소사실의 기재만으로는 위 공소사실이 특정되었다고 할 수 없다.

그러므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 위 공소사실에 대하여 공소를 기각한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장은 이유 없다.

(2) 피고인들에 대한 2005. 9. 일자불상 14:00경 필로폰 10g 매매의 점에 관한 무죄 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 9. 일자불상 14:00경 광명시 소재 광명고속전철역 앞 광장에서 피고인 2에게 필로폰 매매대금으로 200만 원을 주고 피고인 2로부터 필로폰 약 10g을 건네받아 이를 매수하고, 피고인 2는 위와 같이 피고인 1로부터 200만 원을 받고 필로폰 약 10g을 건네주어 이를 매도하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 피고인 2에 대한 검사 피의자신문조서는 신빙성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 위 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다.

그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는, 피고인 1이 당심과 원심에서 위 각 조서의 형식적 진정성립은 인정하고 있으나, 체포 당시 머리를 다쳐 검찰에서 조사받은 기억이 전혀 없다는 취지로 그 실질적 진정성립을 부인하고 있고, 한편 피고인 2는 위 각 조서를 증거로 함에 동의하지 아니하므로 증거능력이 없다.

또한, 검사 작성의 피고인 2에 대한 피의자신문조서는, 피고인 2와 피고인 1 모두 원심과 당심에서 일관하여 위 범행을 부인하고 있는 점( 피고인 2는 검찰에서 위 공소사실을 자백한 바 있으나, 이는 검찰수사관이 2005. 12. 10. 피고인 1에게 백반 15g을 판매한 행위가 살인미수죄에 해당한다고 협박하는 한편, 위 공소사실을 자백할 경우 살인미수죄로 처벌하지 아니할 것처럼 피고인 2를 회유하여 허위로 자백한 것이라고 주장하고 있다), 공판기록에 편철된 통화내역(제250면), 사실조회회신(제71면, 제101면)의 각 기재와 수사기록에 편철된 통화내역(제95면)의 기재에 의하면, 피고인들은 2005. 12. 10. 범행 당일에는 수차례에 걸쳐 핸드폰으로 상호 전화연락을 한 반면, 위 공소사실 범행 무렵인 2005. 9.경에는 피고인 1이 피고인 2에게 한 차례도 핸드폰으로 전화연락을 하지 아니한 사실이 인정되는 점( 피고인 1은 2005. 12. 10. 범행 당시 처음 피고인 2를 만난 관계로 그의 인상착의를 알지 못하여 수차 통화하게 되었다고 주장하고 있는데, 피고인들이 공소사실과 같이 2005. 9.경 필로폰 거래를 한 바 있다면 2005. 12. 10. 범행 당시 위와 같이 수차 통화할 이유가 없다) 등에 비추어 믿을 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

(2) 피고인 1에 대한 2005. 10. 일자불상 21:00경 필로폰 0.53g 교부의 점에 관한 무죄 부분

(가) 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 2005. 10. 일자불상 21:00경 아산시 소재 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인의 승용차에 탄 채로 공소외인에게 필로폰 0.53g을 건네주어 이를 교부하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은 피고인 1에 대한 검사 피의자신문조서는 그 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없고, 공소외인의 원심과 수사기관에서의 진술은 상반성이 없으며, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고인 1에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

살피건대, 위 공소사실에 관한 증거로는 증인 공소외인의 원심 법정에서의 진술과 검사 작성의 피고인 1과 공소외인에 대한 각 피의자신문조서의 각 기재가 있다.

그러나, 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서는 앞서 본 바와 같은 이유로 증거능력이 없다.

공소외인은 검찰과 원심에서, 2005. 9. 하순부터 10.경 피고인 1에게 100만 원을 대여하였는데, 같은 해 10.경 피고인 1로부터 만나자는 연락을 받고 그 무렵 아산시에 있는 천안아산고속전철역으로 가 주차장에 승용차를 주차한 다음, 피고인 1에게 핸드폰으로 전화를 걸어 주차장에서 처음 피고인 1을 만나 승용차 안에서 피고인 1로부터 필로폰 0.53g을 건네받았다고 진술하였다가, 공판기록에 편철된 각 통화내역서의 기재에 의하더라도 위 기간 동안 천안아산고속전철역에서 피고인 1에게 전화연락을 하지 않은 것으로 드러나자, 당심에 이르러서는 2005. 8.경 위 천안아산고속전철역에서 피고인 1로부터 필로폰을 건네받았다고 범행 시점에 관한 진술을 번복하고 있다.

살피건대, 공소외인이 자수하는 마당에 위증으로 인한 처벌을 무릅쓰면서 피고인 1로부터 필로폰을 교부받은 것으로 허위진술을 할 만한 이유가 없고, 위 각 통화내역서의 기재에 의하면, 피고인 1과 공소외인이 2005. 9. 이후만도 수십 차례에 걸쳐 핸드폰으로 서로 통화한 사실을 인정할 수 있는데, 그들이 필로폰 거래와 관련하여 위와 같이 계속적으로 통화한 것으로 볼 여지도 없지 아니하다는 점에서 공소외인의 진술에 믿을 만한 면도 없지는 아니하나, 한편, 위 각 통화내역과 원심과 당심의 사실조회회신의 각 기재에 의하면, 범행 장소인 천안아산고속전철역은 아산시 배방면 장재리 305에 위치하고 있고, 그 인근 기지국 3개소는 모두 아산시 배방면에 위치하고 있는 사실, 그런데 공소외인의 진술과는 달리 공소외인이 2005. 10.경에는 물론, 같은 해 8.과 9.에도 위 기지국 3개소 내에서 피고인 1에게 핸드폰으로 통화한 적이 없는 사실이 인정되는 점, 공소외인은 피고인 1에게 빌려 준 금원을 반환받는 문제로 피고인 1을 만났다가 피고인 1로부터 필로폰을 교부받게 되었다고 진술하고 있으나, 위와 같은 이유에서라면 피고인 1로부터 금원을 송금받으면 되지 굳이 만날 필요가 없는 등 공소외인이 피고인 1을 만나 피고인 1로부터 필로폰을 받게 된 경위에 관한 진술에 석연치 아니한 점, 공소외인이 2005. 8.경 내지 같은 해 10. 피고인 1로부터 받은 필로폰을 2005. 12. 5.경까지 투약하지 아니하고 그대로 보관하고 있다가 2005. 12. 5. 필로폰을 투약하고 수사기관에 자수하였다는 진술도 그대로 믿기 어려운 점 등에 비추어 보면, 공소외인의 진술만으로는 피고인 1이 다른 일시, 장소에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것은 별론으로 하고, 적어도 공소사실과 같이 2005. 10. 천안아산고속전철역 앞 주차장에서 공소외인에게 필로폰을 교부한 것이라고는 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 항소는 이유 없다.

#### 나. 피고인들의 주장에 대한 판단

- (1) 먼저, 피고인 2의 사실오인 주장에 관하여 살피건대, 원심 판시 각 증거에 의하면, 피고인 2는 2005. 12. 1.경부터 2005. 12. 10.경까지 사이에 공소사실 기재와 같이 대마초를 흡연한 사실이 넉넉히 인정되므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.
- (2) 다음으로, 피고인들의 양형부당 주장에 관하여 살피건대, 이 사건과 같은 마약 범죄로 인하여 피고인 1은 6회, 피고인 2는 2회에 걸쳐 실형으로 처벌받은 전력이 있기는 하나, 이 사건 공소사실 중 유죄로 인정되는 부분은 피고인 1이 백반 15g을 필로폰으로 인식하여 피고인 2로부터 이를 매수한 것과 피고인 2가 그 대금 명목으로 피고인

1로부터 270만 원을 편취한 것, 피고인 2가 대마를 1회 흡연한 것이 전부인 점, 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경 등 이 사건에 나타난 제반 양형조건들을 감안하여 보면, 원심이 선고한 형량은 너무 무거워서 부당하고, 이를 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

따라서, 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인들의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.