

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021도3756 마약류관리에관한법률위반(향정)  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인 및 검사  
변 호 인 변호사 최은정(국선)  
원 심 판 결 울산지방법원 2021. 2. 18. 선고 2021노10 판결  
판 결 선 고 2021. 7. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 울산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 관한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 2020. 9. 11. 10:00경 아산시 (주소 1 생략)에서 메트암페타민(일명 필로폰, 이하 '필로폰'이라 한다) 약 0.05그램을 일회용 주사기에 넣고 물로 희석한 후 자신의

팔에 주사하는 방법으로 투약하였다.

나. 원심은 다음과 같은 이유로, 검사가 이 부분 공소사실을 증명하기 위하여 제출한 증거들은 이 사건 압수·수색·검증영장(이하 '이 사건 압수영장'이라 한다)의 혐의 사실과 관련이 없는 별개의 증거를 압수하여 위법하게 수집된 증거에 해당하거나 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없고, 증거능력이 없는 증거들을 제외한 나머지 증거들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 보기에 부족하다고 보아 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

1) 경찰은 2020. 9. 11. 체포영장에 따라 피고인을 체포한 후 이 사건 압수영장에 따라 피고인의 소변과 모발을 압수하였다.

2) 이 사건 압수영장의 혐의사실은 "피고인이 2020. 7. 11.~12. 및 2020. 7. 16. 공소외인에게 무상으로 필로폰을 교부하였다."라는 것이나, 이 부분 공소사실은 "피고인이 2020. 9. 11. 필로폰을 투약하였다."라는 것인바, 이 부분 공소사실은 이 사건 압수영장을 발부받을 당시 전혀 예견할 수 없었던 범행으로 보이므로, 이 사건 압수영장의 혐의사실과 이 부분 공소사실 사이에 연관성이 있다고 보기 어렵다.

3) 따라서 이 사건 압수영장에 따라 압수된 소변과 모발은 영장주의에 위배하여 위법하게 수집된 증거이고, 이를 토대로 확보한 소변검사시인서, 마약감정서, 수사기관에서의 자백 진술 및 주사흔 사진은 위법수집증거에 기초한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

4) 피고인은 제1심 법정에서 이 부분 공소사실을 자백하였으나 이를 보강할 증거가 없다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수증하기 어렵다.

1) 형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다."라고 규정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계 있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결, 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341, 2019전도130 판결 등 참조).

2) 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면 아래의 사실을 인정할 수 있다.

가) 공소외인은 2020. 7. 16. 필로폰 소지 및 투약 사실로 수사기관에 체포된 이후,

2020. 8. 12. 경찰에서 "피고인으로부터 무상으로 필로폰을 교부받아 투약하였다."라는 취지로 진술하였다.

나) 이에 경찰은 2020. 8. 26. 울산지방법원으로부터 "피고인은 2020. 7. 11.~12. 및 2020. 7. 16. 공소외인에게 무상으로 필로폰을 교부하였다."라는 내용을 혐의사실로 하여 이 사건 압수영장을 발부받았다.

다) 이 사건 압수영장에는 '압수·수색·검증을 필요로 하는 사유'로 "피고인 상대로 필로폰 제공에 대한 증거물을 확보하고자 할 경우 이에 항거하거나 소지하고 있을지 모르는 필로폰 등의 증거물을 은닉, 멸실시키는 등의 방법으로 인멸할 우려가 있으며, 필로폰 사범의 특성상 피고인이 이전 소지하고 있던 필로폰을 투약하였을 가능성 또한 배제할 수 없어 필로폰 투약 여부를 확인 가능한 소변과 모발을 확보하고자 한다."라고 기재되어 있고, '압수할 물건'으로 '피고인의 소변 50cc 및 모발 60수, 필로폰 및 필로폰을 투약할 때 사용되는 기구, 기타 마약류'라고 기재되어 있다.

라) 경찰은 2020. 9. 11. 피고인을 체포하면서 이 사건 압수영장에 따라 피고인으로부터 소변 50cc 및 모발 60수를 함께 압수하였고, 압수한 소변 및 모발에서 필로폰 양성반응이 나왔다.

마) 피고인은 경찰 및 검찰에서 "2020. 9. 11. 10:00경 (주소 2 생략) 화장실 내에서 필로폰을 주사기로 투약하였다."라고 자백하였고, 검사는 2020. 9. 23. 피고인에 대하여 '필로폰 수수 및 투약'의 사실로 공소를 제기하였다.

3) 위와 같은 사실과 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 압수영장에 의하여 압수한 피고인의 소변 및 모발과 그에 대한 감정 결과 등은 이 사건 압수영장의 혐의사실과 객관적 관

련성이 있다고 볼 수 있고, 나아가 압수한 소변 및 모발 등으로 밝혀진 이 부분 공소 사실은 이 사건 압수영장의 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사의 범행인 것을 넘어서서 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우로서 객관적·인적 관련성이 인정되므로, 압수한 소변 및 모발 등은 이 부분 공소사실의 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

가) 통상 감정일로부터 1~2주 이내의 마약류 투약 여부 확인을 위해서는 소변 감정으로 족하고, 그 이전의 투약 여부를 확인하기 위해서는 모발에 대한 감정이 필요한 것으로 알려져 있다. 법원이 압수할 물건으로 피고인의 소변뿐만 아니라 모발을 함께 기재하여 이 사건 압수영장을 발부한 것은 영장 집행일 무렵의 필로폰 투약 범행뿐만 아니라 그 이전의 투약 여부까지 확인하기 위한 것으로 볼 수 있고, 피고인이 이 사건 압수영장의 혐의사실인 필로폰 교부 일시 무렵 내지 그 이후 반복적으로 필로폰을 투약한 사실이 증명되면 필로폰 교부 당시에 필로폰을 소지하고 있었거나 적어도 필로폰을 구할 수 있었다는 사실의 증명에 도움이 된다고 볼 수 있으므로, 압수한 피고인의 소변 및 모발은 이 사건 압수영장의 혐의사실 증명을 위한 간접증거 내지 정황증거로 사용될 수 있는 경우에 해당한다.

나) 이 사건 압수영장의 혐의사실로 피고인의 필로폰 교부의 점만 기재되어 있기는 하나, 법원이 위 영장의 '압수·수색·검증을 필요로 하는 사유'로 "필로폰 사범의 특성상 피고인이 이전 소지하고 있던 필로폰을 투약하였을 가능성 또한 배제할 수 없어 필로폰 투약 여부를 확인 가능한 소변과 모발을 확보하고자 한다."라고 기재하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공소사실이 이 사건 압수영장 발부 이후의 범행이라고 하더라도 영장 발부 당시 전혀 예상할 수 없었던 범행이라고 볼 수도 없다.

라. 그럼에도 원심이 이 사건 압수영장의 혐의사실과 이 부분 공소사실 사이에 연관

성이 없으므로 이 사건 압수영장에 의하여 압수된 피고인의 소변 및 모발은 위법하게 수집된 증거에 해당하고, 그에 기초하여 획득한 2차적 증거들 역시 증거능력이 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 데에는 압수·수색에 있어서의 '관련성', 위법 수집증거배제법칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 피고인의 상고이유에 관한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 필로폰 수수로 인한 각 「마약류 관리에 관한 법률」 위반(향정) 부분을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 심신미약에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 필로폰 투약으로 인한 「마약류 관리에 관한 법률」 위반(향정) 부분을 파기하여야 하는데, 이 부분은 원심에서 유죄로 인정된 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 이들 모두에 대하여 하나의 형을 정해야 하므로, 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

## 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김재형

                  대법관      안철상

주    심      대법관      노정희

                  대법관      이흥구