

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021도17103 가. 마약류관리에관한법률위반(향정)

나. 출입국관리법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 광리찬(국선)

원 심 판 결 창원지방법원 2021. 11. 25. 선고 2021노1914, 2394(병합) 판결

판 결 선 고 2022. 4. 28.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 영사통보권 등 고지의무 위반과 위법수집증거 배제 원칙 위반 여부

가. 영사관계에 관한 비엔나협약 위반 여부

영사관계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Consular Relations, 1977. 4. 6. 대한민국에 대하여 발효된 조약 제594호, 이하 '협약'이라 한다) 제36조 제1항은 "파견

국의 국민에 관련되는 영사기능의 수행을 용이하게 할 목적으로 다음의 규정이 적용된다."라고 하면서 (b)호에서 "과건국의 영사관할구역 내에서 과건국의 국민이 체포되는 경우, 재판에 회부되기 전에 구금되거나 유치되는 경우, 또는 그 밖의 방법으로 구속되는 경우에, 그 국민이 과건국의 영사기관에 통보할 것을 요청하면 접수국의 권한 있는 당국은 지체 없이 통보하여야 한다. 체포, 구금, 유치되거나 구속되어 있는 자가 영사기관에 보내는 어떠한 통신도 위 당국에 의하여 지체 없이 전달되어야 한다. 위 당국은 관계자에게 (b)호에 따른 그의 권리를 지체 없이 통보하여야 한다."라고 정하고 있다. 이에 따라 경찰수사규칙 제91조 제2항, 제3항은 "사법경찰관리는 외국인을 체포·구속하는 경우 국내 법령을 위반하지 않는 범위에서 영사관원과 자유롭게 접견·교통할 수 있고, 체포·구속된 사실을 영사기관에 통보해 줄 것을 요청할 수 있다는 사실을 알려야 한다. 사법경찰관리는 체포·구속된 외국인이 제2항에 따른 통보를 요청하는 경우에는 별지 제93호 서식의 영사기관 체포·구속 통보서를 작성하여 지체 없이 해당 영사기관에 체포·구속 사실을 통보해야 한다."라고 정하고 있다.

위와 같이 협약 제36조 제1항 (b)호, 경찰수사규칙 제91조 제2항, 제3항이 외국인을 체포·구속하는 경우 지체 없이 외국인에게 영사통보권 등이 있음을 고지하고, 외국인의 요청이 있는 경우 영사기관에 체포·구금 사실을 통보하도록 정한 것은 외국인의 본국이 자국민의 보호를 위한 조치를 취할 수 있도록 협조하기 위한 것이다. 따라서 수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체 없이 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았다면 체포나 구속 절차는 국내법과 같은 효력을 가지는 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반한 것으로 위법하다.

기록에 따르면, 사법경찰관이 2021. 5. 31. 19:19경 피고인을 현행범인으로 체포할

당시 피고인이 인도네시아 국적의 외국인이라는 사실이 명백했는데도 피고인에게 영사 통보권 등을 고지하였다고 인정할 자료가 없다. 따라서 이 사건 체포나 구속 절차는 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반하여 피고인에게 영사통보권 등을 지체 없이 고지하지 않아 위법하다.

나. 위법수집증거 배제 원칙의 예외 해당 여부

(1) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(형사소송법 제 308조의2). 다만 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰해서 판단해야 한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(가) 피고인은 인도네시아 국적의 외국인으로 2016. 7. 29.부터 2021. 5. 31.까지 대한민국에 체류하면서 취업활동을 하였다. 사법경찰관은 2021. 5. 31. 19:19경 통역인을

통해 피고인에게 인도네시아어로 체포의 사유, 변명의 기회, 변호인 선임권 등을 고지하고 피고인을 출입국관리법 위반의 범죄사실로 현행범인 체포를 하였고, 같은 날 20:00경 피고인으로부터 소변과 모발을 임의제출 받아 압수하였다.

(나) 간이시약검사 결과 피고인으로부터 압수한 소변에서 향정신성의약품인 MDMA (일명 엑스터시, 이하 '엑스터시'라 한다) 양성반응이 나왔고, 피고인은 2021. 6. 1. 통역인이 참여한 경찰 제1회 피의자신문에서 출입국관리법 위반과 「마약류 관리에 관한 법률」(이하 '마약류관리법'이라 한다) 위반(향정) 범행을 모두 자백하였다. 사법경찰관은 피의자신문을 진행하면서 '체포 통지를 피고인이 다니는 회사 사장에게 하였는데 피고인의 방어권 보장에 문제가 없는지'를 질문하였고, 피고인은 '그렇다'고 답변하였다. 피고인은 2021. 6. 2. 발부된 구속영장에 따라 구속되었다.

(다) 국립과학수사연구원의 소변감정 결과 피고인으로부터 압수한 소변에서 엑스터시 양성반응이 나왔고, 피고인은 2021. 6. 7. 통역인이 참여한 경찰 제2회 피의자신문에서도 마약류관리법 위반(향정) 범행을 자백하였다.

(라) 피고인은 2021. 6. 14. 통역인이 참여한 검찰 피의자신문에서 검사가 인도네시아 영사관에 체포와 구속 사실을 알렸는지에 관하여 질문을 하자 '통보하지 않았으며 통보를 하지 않은 특별한 이유도 없다'고 답변하였다. 피고인은 검사에 대하여 영사기관 통보를 요구하지 않았고, 출입국관리법 위반과 마약류관리법 위반(향정) 범행을 모두 자백하였다.

(마) 피고인은 통역인이 참여한 제1심 제1회 공판기일에서 국선변호인과 함께 출석하여 인정신문에 앞서 진술을 하지 않거나 개별 물음에 대하여 진술을 거부할 수 있고 이익이 되는 사실을 진술할 수 있음을 고지받은 다음, 검사가 공소장에 따라 공소사실,

죄명과 적용법조를 낭독하자 공소사실을 모두 인정한다고 진술하였다.

(3) 이러한 사실을 위에서 본 법리에 비추어 보면, 다음과 같은 결론이 도출된다.

피고인은 경찰 수사 단계에서 피고인에 관한 체포 통지를 피고인이 근무하는 회사 사장에게 한 것에 대해서 방어권 보장에 문제가 없다고 하였고, 검찰 수사 단계에서는 자신의 구금 사실을 영사관에 통보할 수 있음을 알게 되었는데도 통보를 요청하지 않았다. 이러한 사실에 비추어 보면 피고인이 영사통보권 등을 고지받았더라도 영사의 조력을 구하였으리라고 보기 어렵다.

피고인은 체포 당시 인도네시아어로 체포의 사유, 변명의 기회, 변호인 선임권 등을 고지받았다. 수사절차에서 소변검사 결과 등 객관적인 증거를 제시받고 통역인의 조력을 받으면서 범행을 자백하였다. 그 후 제1심과 원심에서 통역인과 국선변호인의 조력을 받은 상태에서 자백을 하면서 이 사건 수사나 공판절차의 위법을 주장하지 않았다. 이러한 사정에 비추어 보면 수사기관이 피고인에게 영사통보권 등을 고지하지 않았더라도 그로 인해 피고인에게 실질적인 불이익이 초래되었다고 볼 수 없다.

요컨대 피고인에게 영사통보권 등을 고지하지 않은 사정이 수사기관의 증거 수집이나 이후 공판절차에 상당한 영향을 미쳤다고 보기 어렵다. 이 사건 체포나 구속 절차에 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반한 위법이 있더라도 절차 위반의 내용과 정도가 중대하거나 절차 조항이 보호하고자 하는 외국인 피고인의 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 체포나 구속 이후 수집된 증거와 이에 기초한 증거들은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

(4) 원심은 피고인의 체포나 구속 이후에 수집된 증거에 대하여 증거능력을 인정하고 이를 유죄의 증거로 사용하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증

거에 비추어 살펴보면, 원심판결에 결과적으로 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 위법수집증거 배제 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 형사소송법 제383조 제4호의 위헌 여부와 양형부당 주장의 판단

피고인의 변호인은 형사소송법 제383조 제4호가 양형부당을 상고이유로 삼을 수 있는 경우를 제한하는 것은 헌법상 규정된 재판청구권을 침해하고 평등원칙에도 위반된다고 주장한다. 그러나 양형부당을 이유로 한 상고이유를 제한한 형사소송법 제383조 제4호는 입법자에게 허용된 형성의 자유 영역에 속하므로, 이 규정이 재판청구권을 규정한 헌법 제27조나 평등의 원칙에 어긋나는 위헌적인 조항이라고 할 수 없다(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1808 판결 등 참조). 따라서 위와 같은 상고이유 주장은 원심이 선고한 형이 너무 무거워서 부당하다는 주장에 지나지 않는다.

형사소송법 제383조 제4호에 따르면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 이유로 상고할 수 있다. 따라서 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 아니다.

3. 결론

피고인의 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희 _____

주 심 대법관 김재형 _____

대법관 안철상 _____

대법관 이흥구 _____