

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020도11223 마약류관리에관한법률위반(대마)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 송상현(국선)
원 심 판 결 인천지방법원 2020. 7. 23. 선고 2020노370 판결
판 결 선 고 2024. 10. 8.

주 문

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 인천지방법원에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 쟁점 공소사실의 요지

피고인은 2019. 5. 28.경 서울 구로구에 있는 피고인의 주거지에서 안방 금고에 대마약 0.62g을 보관하였다.

2. 이 사건 압수수색과 원심의 판단

가. 이 사건 압수수색

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

1) 수사기관은 2019. 3.경 피고인의 딸인 공소외인이 필로폰을 투약한 혐의가 있음을 파악하였다. 수사기관은 그 무렵 구로○○병원으로부터 공소외인의 진료기록 등을 제출받아 공소외인이 2018. 9.경 위 병원 정신과에서 입원치료를 받던 중 담당 의사에게 '필로폰을 투약하였다'라는 취지로 말한 사실이 있음을 확인하였다.

2) 인천지방법원 판사는 2019. 5. 9. 공소외인을 필로폰 투약 등 혐의사실의 피의자로 하는 체포영장 및 공소외인의 거주지인 아파트(이하 '이 사건 아파트'라고 한다)를 수색·검증장소로 하는 압수·수색·검증영장을 발부하였다.

3) 한편 수사기관은 2019. 5. 28. 다른 혐의사실로 공소외인을 현행범 체포한 다음 위와 같이 발부된 체포영장을 집행하고, 같은 날 바로 공소외인과 함께 이 사건 아파트로 이동하여 위 압수·수색·검증영장을 집행하였다(이하 '이 사건 압수·수색'이라고 한다).

4) 이 사건 압수·수색 당시 공소외인만이 현장에 참여하였다. 수사기관은 이 사건 아파트 안방 금고에 보관되어 있던 대마 약 0.62g(이하 '이 사건 대마'라고 한다)과 스포이드, 깔때기 등 마약 관련 증거물을 발견하여 이를 압수하였다.

나. 원심의 판단

제1심은 이 사건 대마를 포함하여 이 사건 압수·수색을 통하여 확보한 증거와 압수 조서 등을 유죄의 증거로 하여 쟁점 공소사실 부분을 유죄로 인정하였고, 원심은 제1심 판단을 유지하였다.

3. 대법원의 판단

원심의 판단을 받아들일 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 이 사건 압수·수색의 적법 여부

1) 관련 법리

가) 우리 헌법은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.'(제12조 제1항 후문), '체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.'(제12조 제3항 본문)라고 정하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언하고 있다. 형사소송법은 이와 같은 헌법 정신을 이어받아 압수·수색절차에 관한 다양한 구체적 기준을 마련하였다. 특히 형사소송법은 제121조, 제219조에서 압수·수색절차에서 피고인과 피의자의 참여권 일반을 정하는 한편, 제123조, 제219조에서 압수·수색이 이루어지는 장소의 특수성을 고려하여 특정 장소에서 압수·수색영장을 집행할 때는 그 장소의 책임자가 참여하게 함으로써, 압수·수색영장의 집행과정에서 절차적 권리로서의 참여권이 적법절차와 영장주의의 이념을 실질적으로 구현하는 장치로 기능하도록 하였다.

이와 같이 기본권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 실제적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 그 구체적인 절차를 정하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 하고, 참여권에 관한 규정을 비롯하여 형사소송법이 정한 압수·수색절차에 관한 구체적 규정들은 헌법 원칙인 적법절차와 영장주의를 구현하는 관점에 따라 해석·실현되어야 한다.

나) (1) 형사소송법 제123조는 '영장의 집행과 책임자의 참여'라는 표제 아래, 공무

소, 군사용 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행하려면 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 하고(제1항), 제1항에서 규정한 장소 외에 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선박·차량 안(이하 '주거지 등'이라고 한다)에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 사람(이하 '주거주 등'이라고 한다)을 참여하게 하여야 하며(제2항), 주거주 등을 참여하게 하지 못할 때에는 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원(이하 '이웃 등'이라고 한다)을 참여하게 하여야 한다(제3항)고 규정하고 있다. 이는 형사소송법 제219조에 의해 수사기관의 압수·수색영장 집행에서도 준용된다. 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조가 주거지 등에서 압수·수색영장을 집행할 때 주거주 등이나 이웃 등을 참여하도록 한 것은 주거의 자유나 사생활의 비밀과 자유와 같은 기본권 보호의 필요성이 특히 요구되는 장소에 관하여 밀접한 이해관계를 갖는 사람을 참여시켜 영장집행절차의 적정성을 담보함으로써 수사기관이나 법원의 강제처분을 받는 당사자를 보호하고 궁극적으로 국민의 기본권을 보호하려는 데 그 취지가 있다. 이러한 점에 비추어 보면 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에서 정한 바에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등 또는 이웃 등은 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력(이하 '참여능력'이라고 한다)을 갖추고 있어야 한다. 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등 또는 이웃 등이 참여능력을 갖추지 못한 경우에는 영장의 집행 과정에서 발생할 수 있는 위법·부당한 처분이나 행위로부터 당사자를 보호하고 영장집행절차의 적정성을 담보하려는 형사소송법의 입법 취지나 기본권 보호·적법절차·영장주의 등 헌법적 요청을 실효적으로 달성하기 어렵기 때문이다.

(2) 형사소송법 제123조 제2항과 제3항은 주거주 등이나 이웃 등의 참여에 관하여

그 참여 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있는 예외를 인정하지 않고 있다. 이는 형사소송법 제121조, 제122조에서 압수·수색영장의 집행에 대한 검사, 피의자, 변호인의 참여에 대하여 급속을 요하는 등의 경우 집행의 일시와 장소의 통지 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있다고 한 것과 다른 점이다. 따라서 형사소송법 제123조 제2항에서 정한 주거지 등에 대한 압수·수색영장의 집행이 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 압수·수색영장의 집행은 위법하다고 보아야 한다. 나아가 주거주 등 또는 이웃 등이 참여하였다고 하더라도 그 참여자에게 참여능력이 없거나 부족한 경우에는, 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 것과 마찬가지로 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에서 정한 압수수색절차의 적법요건이 갖추어졌다고 볼 수 없으므로 그러한 압수·수색영장의 집행도 위법하다.

다) 한편, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 '장애인차별금지법'이라고 한다) 제26조 제6항은 '사법기관은 사건관계인에 대하여 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있는지 여부를 확인하고, 그 장애인에게 형사사법 절차에서 조력을 받을 수 있음과 그 구체적인 조력의 내용을 알려주어야 한다. 이 경우 사법기관은 해당 장애인이 형사사법 절차에서 조력을 받기를 신청하면 정당한 사유 없이 이를 거부하여서는 아니 되며, 그에 필요한 조치를 마련하여야 한다.'라고 정하고 있다. 이는 수사, 기소, 공판에 이르는 일련의 형사사법절차에서 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있는 사람으로 하여금 자기의 형사사법절차상의 지위와 이해관계를 이해하고 충분한 방어행위를 할 수 있도록 함으로써 그들의 절차적 지위와 권리, 방어권을 보장하는 데에 그 취지가 있다. 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등이나 이웃 등에게도 의사소통이나 의사표현에 어려

움을 겪는 장애가 있을 수 있으므로, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관으로서는 그러한 장애가 있는 참여자에 대하여 장애인차별금지법 제26조 제6항의 취지에 맞는 적법한 조치를 취함으로써 형사소송법 제123조 제2항, 제3항이 요구하는 압수수색절차의 적법요건이 갖추어질 수 있도록 하여야 한다.

라) 이러한 법리는, 주거지 등에 대한 압수·수색에서 피의자가 동시에 주거주 등인 경우에도 동일하게 적용된다. 형사소송법이 제121조, 제122조, 제219조에서 '당사자의 참여권'이라는 표제 아래 검사, 피의자, 변호인의 참여권을 규정하면서도 제123조에서 '책임자의 참여'라는 표제로 주거주 등이나 이웃 등의 필요적 참여를 별도로 정하고 있고, '당사자의 참여권'과 '책임자의 참여'는 그 취지나 목적, 보호법익이 동일하지 않기 때문이다. 따라서 피의자가 주거주 등인 주거지 등에서 압수·수색영장을 집행하는 경우 피의자에게 참여능력이 없다면 그 피의자만 참여하는 것으로는 부족하고, 수사기관은 형사소송법 제123조 제3항에 따라 참여능력이 있는 이웃 등을 함께 참여시켜야 한다. 이때 참여능력이 없는 피의자만이 참여하였다면 그 압수·수색은 형사소송법 제123조 제2항, 제3항을 위반한 것으로 원칙적으로 위법하다.

마) 위와 같이 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에 따라 압수수색절차에 참여한 참여자와 관련하여 해당 절차의 적법요건이 갖추어졌는지는, 수사기관이 인식하였거나 인식할 수 있었던 사정 등을 포함하여 압수·수색 당시를 기준으로 외형적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 살펴 판단하여야 한다. 압수·수색 당시 수사기관이 인식할 수 없었던 참여자의 내부적, 주관적 사정이나 참여자의 객관적 능력에 관한 법률적·사후적인 판단은 고려대상이 아니다.

2) 판단

가) 기록에 의하면 다음을 알 수 있다.

(1) 공소외인(1994년 생)은 2016. 12. 2.경부터 2019. 5. 24.경까지 정신병적 증세를 이유로 짧게는 약 1주일, 길게는 한 달 이상의 기간씩 약 13회에 걸쳐 반복적으로 구로○○병원에 입원하여 치료를 받았다.

(2) 공소외인은 2017. 3. 29. 자 심리평가결과에서 "전체지능 57, 사회성숙연령 11세 수준"이라고 평가되었고, 2019. 6. 25. 자 공소외인에 대한 진단서에는 "주의나 처치가 필요한 심각한 행동의 장애가 있는 정도 정신지체, 상세불명의 양극성 정동장애"라는 진단이 있다.

(3) 서울가정법원은 2017. 9. 11. 공소외인에 대하여 '정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되었다'라는 이유로 성년후견을 개시하는 심판을 하였다(서울가정법원 2017느단6546).

(4) 수사기관은 이 사건 압수·수색 전인 2019. 3.경 구로○○병원으로부터 공소외인에 관한 진료기록과 검사결과기록을 확보하였는데, 위 병원기록에는 공소외인이 구로○○병원 정신과에 입원치료를 받은 사실, 공소외인이 과거에 수차례 요금을 내지 않고 장거리 택시를 탑승하는 등의 이상행동을 반복하였던 사실, 공소외인이 심한 공격성을 보이거나 대화가 어렵고 자신의 문제행동을 인지하지 못하고 있는 점 등 공소외인의 상태에 관한 정신과 담당의의 관찰결과와 소견 등이 기재되어 있다.

(5) 공소외인은 2019. 5. 28. 사우나에서 소란을 부리며 재물을 손괴하고 출동한 경찰관과 시비를 벌이는 등의 상태에서 현행범 체포되었다. 공소외인은 같은 날 경찰조사를 받았는데, 관련 진정사건(19진정0598700)에서 이루어진 국가인권위원회 결정에 따르면, 공소외인에 대한 경찰 피의자신문조서에는 공소외인의 정신과 치료 내역이나

현재 상태에 관한 문답과 함께 '조서 열람 과정에서 그 내용을 충분히 알고 있는지 의심이 되어 재차 조서 내용의 요지를 설명하였음'이라는 사법경찰관의 기재가 있는 것으로 나타난다.

나) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 공소외인은 이 사건 압수·수색 당시 형사소송법 제123조 제2항에서 정한 주거주 등으로서 참여능력이 없거나 부족하였던 것으로 볼 여지가 있고, 수사기관으로서도 위에서 인정한 공소외인의 정신과 치료 내역이나 현행범체포 당시의 사정 등을 파악하고 있었던 만큼, 공소외인이 참여능력이 없거나 부족하다는 점을 인식하고 있었거나 충분히 인식할 수 있었다고 보인다. 그럼에도 수사기관은 이 사건 압수·수색 당시 공소외인만을 참여시켰고, 형사소송법 제123조 제3항에 따라 이웃 등을 참여시키는 등의 조치를 취하지 않았다. 따라서 이 사건 압수·수색은 위법하다고 볼 소지가 크다.

나. 소결론

그렇다면 이 사건 압수·수색을 통해 확보한 증거들은 수사기관이 위법하게 수집한 증거에 해당하여 증거능력이 인정되기 어렵다고 볼 여지가 많다. 그럼에도 원심은 이 사건 대마를 포함하여 위법한 이 사건 압수·수색을 통해 수집된 증거를 근거로 쟁점 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 형사소송법 제123조에서 정한 참여자의 참여능력에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 쟁점 공소사실 부분은 파기되어야 한다. 제1심은 쟁점 공소사실이 아닌 나머지 공소사실에 대하여는 공소를 기각하였고 원심은 제1심의

