

마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)

[대법원 2016. 8. 30. 2015도13103]



【판시사항】

임시향정신성의약품으로 지정·공고된 물질을 수입한 자를 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호에 의하여 처벌하기 위한 요건

【판결요지】

마약류 관리에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제2조 제3호, 제3조 제5호, 제4조 제1항, 제5조 제3항, 제5조의2 제1항, 제2항, 제4항, 제5항, 제41조, 제47조, 제58조 제1항 제1호, 제3호, 제6호, 제7호, 제59조 제1항 제10호, 제60조 제1항 제3호의 규정 체계 및 법리와 아울러 임시마약류 지정 제도의 취지, 임시향정신성의약품과 법 제2조 제3호(가)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 이를 함유하는 향정신성의약품

[이하 '(가)목의 향정신성의약품'이라 한다]의 실질적인 차이 등을 종합적으로 고려하여 보면, 임시향정신성의약품에 대하여 향정신성의약품에 준하여 취급·관리할 필요가 있다고 보아 일반 행위를 금지하는 제3조를 준용하는 데에서 더 나아가, 임시향정신성의약품으로 지정·공고된 물질을 수입한 자에 대하여 (가)목의 향정신성의약품에 대한 제3조 제5호 위반행위와 마찬가지로 보아 법정형이 무기 또는 5년 이상의 징역인 제58조 제1항 제3호 위반죄로 처벌하기 위하여는 임시향정신성의약품이 실질적으로 (가)목의 향정신성의약품에 준하는 물질에 해당하여야 한다고 제한적으로 해석함이 타당하다. 따라서 임시향정신성의약품이라도 (가)목의 향정신성의약품과 마찬가지로 중추신경계에 작용하고 오용하거나 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성이 있거나 적어도 그럴 우려가 충분하다는 요건을 갖추어야 법 제58조 제1항 제3호가 적용될 수 있으며, 그 요건에 대한 증명이 없는 경우에는 위 규정에 의하여 처벌할 수 없다.

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호, 제3조 제5호, 제4조 제1항, 제5조 제3항, 제5조의2 제1항, 제2항, 제4항, 제5항, 제41조, 제47조, 제58조 제1항 제1호, 제3호, 제6호, 제7호, 제59조 제1항 제10호, 제60조 제1항 제3호, 약사법 제31조 제2항, 제3항

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 검사

【원심판결】 서울고법 2015. 7. 27. 선고 2015노1725 판결

【주문】

】

상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 가. 마약류 관리에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제2조 제3호는 '향정신성의약품이란 인간의 중추신경계에 작용하는 것으로서 이를 오용하거나 남용할 경우 인체에 심각한 위해가 있다고 인정되는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다'고 규정하면서, 향정신성의약품의 오남용 정도, 의료용으로 사용되는지 여부 및 그 범위, 안정성 여부, 신체적 또는 정신적 의존성의 정도에 따라 이를 (가)목부터 (라)목까지 네 종류로 구분하여 정의 규정을 두고 있다.

향정신성의약품 중 법 제2조 제3호 (가)목[이하 이 조항의 각 목을 구분하여 지칭할 때는 '(가)목', '(나)목' 등으로 약칭한다]의 향정신성의약품은 '오용하거나 남용할 우려가 심하고 의료용으로 쓰이지 아니하며 안전성이 결여되어 있는 것으로서 이를 오용하거나 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성을 일으키는 약물 또는 이를 함유하는 물질'을 말하며, 의료용으로 쓰이고 있는 물질로서 그 오남용의 우려 및 신체적·정신적 의존성의 경중에 따라 단계적으로 구분되는 (나)목 내지 (라)목의 향정신성의약품과 구별된다.

법 제3조 제5호는 위 (가)목에 해당하는 향정신성의약품 또는 이를 함유하는 향정신성의약품[이하 '(가)목의 향정신성의약품'이라 한다]의 오남용을 우려하여 다른 향정신성의약품과는 달리 이를 소지, 소유, 사용, 관리, 수출입, 제조, 매매, 매매의 알선 또는 수수하는 행위를 일반적으로 금지하고 있다.

- 나. 한편 위 법이 2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정될 때, 종전의 마약류 관리 제도가 신종 마약류로 인한 폐해 발생 시에 이를 마약류로 등록하기 위한 지정 절차가 복잡하고 신체적·정신적 의존성 및 그 오남용의 위해성을 규명하여 이를 마약류로 지정하기까지 상당 기간이 소요되어 신종 마약류가 이미 유통이 확산된 다음에 단속 근거가 마련되는 문제점이 있으므로, 마약류 대응으로서 그 오남용으로 인한 보건상 위해가 우려되는 물질에 대하여는 그 정신적·신체적 의존성 등이 규명되기 이전이라도 이를 신속히 차단하여 국민 보건상의 안전을 강화할 수 있도록 하는 임시 마약류 지정 제도가 신설되었다.

이에 따라 식품의약품안전처장은, 약사법에 따라 의약품 품목허가를 받거나 품목신고를 한 의약품 및 승인을 받은 임상 시험용 의약품이 아니면서 마약류가 아닌 물질·약물·제제·제품 등 중 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해가 우려되어 긴급히 마약류에 준하여 취급·관리할 필요가 있다고 인정하는 물질 등을 임시마약류로 지정할 수 있는데, 이 때는 임시마약, 임시향정신성의약품 또는 임시대마로 구분하여 지정하여야 하고 지정사유와 지정 기간 등을 공고하여야 한다(법 제5조의2 제1항, 제2항).

그리고 임시마약류로 지정되면 누구든지 이를 재배·소지·소유·사용·운반·관리·수입·수출·제조·조제·투약·매매·매매의 알선·수수·보관 또는 제공하거나, 이를 기재한 처방전을 발급하는 행위가 금지되고(법 제5조의2 제4항), 나아가 그 취급 및 처분 등에 관하여는 마약류에 대한 규정 중 일반 행위 금지규정인 제3조가 준용되며, 아울러 식품의약품안전처장의 수입·판매·사용 등에 대한 금지·제한, 출입·검사·수거 및 압류 등의 처분 권한을 정한 제5조 제3항, 제41조 및 제47조가 준용된다(같은 조 제5항).

다.

그런데 법은 향정신성의약품과 임시향정신성의약품에 관한 금지규정에 위반한 행위에 대한 처벌에 관하여는 다음과 같이 달리 규정하고 있다.

우선, 향정신성의약품에 관하여는 법 제2조 제3호 각 목에 정한 물질 등의 종류와 행위 유형에 따라 처벌규정을 따로 두고 있고 각각의 법정형에도 상당한 차이가 있다.

그중 수출입 금지에 위반한 행위에 대해서는, (가)목 및 (나)목의 향정신성의약품을 수출입하는 행위는 무기 또는 5년 이상의 징역에(법 제58조 제1항 제3호, 제6호, 제3조 제5호, 제4조 제1항), (다)목의 향정신성의약품을 수출입하는 행위는 1년 이상의 유기징역에(법 제59조 제1항 제10호, 제4조 제1항), 그리고 (라)목의 향정신성의약품을 수출입하는 행위는 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에(법 제60조 제1항 제3호, 제4조 제1항) 각 처하도록 하고 있다.

반면 임시향정신성의약품에 관하여는, 법 제58조 제1항 제7호에서 미성년자에게 임시향정신성의약품을 매매·수수·조제·투약·제공한 사람을 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 법 제5조의2 제4항 등의 금지규정을 위반한 행위에 대한 직접적인 처벌규정은 두고 있지 않다.

대신 법 제58조 제1항 제1호에서, 법 제5조의2 제5항에 의하여 마약 등에 관한 일반적 금지규정인 제3조를 임시마약류의 취급 및 처분 등에 준용하는 경우를 포함한다고 규정하여, 제3조가 준용되는 범위 내에서는 향정신성의약품에 관한 벌칙 규정이 임시향정신성의약품 등에도 적용되도록 하고 있다.

그런데 법 제3조는 제5호에서 (가)목의 향정신성의약품에 대한 소지·소유·수출입 등 일정한 행위를 금지하는 취지를 규정하고 있을 뿐, (나)목 이하의 향정신성의약품에 관해서는 따로 규정한 것이 없다.

그 결과 임시향정신성의약품에 관한 금지규정을 위반하게 되면 향정신성의약품 중 중독성 등이 가장 강해서 그중 엄하게 처벌되는 (가)목의 향정신성의약품에 관한 금지규정 위반행위에 관한 처벌규정을 준용하여 처벌할 수밖에 없는 구조로 되어 있다.

라. 한편 법 제5조의2 제1항 단서는 약사법 제31조 제2항 및 제3항에 따라 식품의약품안전처장으로부터 의약품 품목허가를 받거나 품목신고를 한 의약품은 임시마약류 지정 대상에서 제외하도록 규정하고 있다.

뿐만 아니라 임시향정신성의약품은 그 성질상 의료용으로 쓰이는 물질 등에는 해당하지 아니하거나 그렇게 쓰일 수 있는지 여부가 규명되지 아니한 것이니 그에 대하여 향정신성의약품과 같이 법 제2조 제3호의 각 목을 특정하여 지정할 경우에는 (가)목 이외에는 지정 대상이 될 수가 없다.

그러나 임시향정신성의약품이라고 하여 모두 향정신성의약품 중 가장 중독성과 위해성이 강한 위 (가)목의 향정신성의약품에 준하는 것이라고 일률적으로 단정할 수는 없다.

그럼에도 임시향정신성의약품을 소지·소유·수출입하는 등 금지행위를 한 데 대한 처벌은 모두 (가)목의 향정신성의약품에 대한 처벌규정을 준용하는 것은, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다는 헌법상의 일반원칙에 부합한다고 볼 수 없다.

이와 같이 어떤 법률 규정을 문면 그대로 적용하면 위헌적 결과가 초래될 수 있는 경우에 그 적용요건이나 효력범위를 제한하여 해석함으로써 헌법의 규범 질서에 합치되도록 할 수 있다면, 헌법을 최고규범으로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석은 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반원리이기도 하다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7488 판결 등 참조).

마. 뿐만 아니라, 법령의 어느 조항이 특정 사항에 관하여 규율하고 있는 다른 조항을 준용한다고 규정할 때 그 '준용'한다는 취지는, 특정 사항에 관한 다른 조항을 기계적으로 그대로 적용한다는 뜻이 아니라 규율의 내용과 성질에

반하지 않는 범위 안에서 그 다른 조항을 적용한다는 의미로 새겨야 할 것이다.

특히 그 준용 규정이 형벌법규와 관련된 경우 그 해석은 엄격하여야 하며 피고인에게 불리한 방향으로 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003도4158 판결, 대법원 2006. 10. 19. 선고 2004도7773 전원합의체 판결 등 참조).

그런데 임시향정신성의약품에 관한 처벌규정은, 미성년자에 대한 매매 등 행위에 관한 법 제58조 제1항 제7호에서는 처벌 대상인 행위의 객체를 '임시향정신성의약품'으로 직접 규정한 반면, 그 밖의 임시향정신성의약품에 관한 금지 위반행위에 대하여는 '제5조의2 제5항에 의하여 제3조가 준용되는 임시향정신성의약품'으로 구분하여 규정하고 있으므로, 해당 규정을 해석할 때에는 이러한 문언의 차이에 유의할 필요가 있다.

한편 위에서 본 것처럼 임시마약류 중 임시향정신성의약품으로 지정된 물질 등은 의약품이 아니어야 하므로 향정신성의약품 중에서는 (가)목에 준하는 것으로 분류될 수밖에 없다.

하지만 임시향정신성의약품은 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해가 우려되는 물질로서 아직 신체적·정신적 의존성 및 그 오남용의 위해성이 확실하게 규명되지 아니한 것이어서, 향정신성의약품 중 의료용으로 쓰이지 아니하며 안전성이 결여되어 있고 오용하거나 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성을 일으키는 (가)목의 향정신성의약품과는 위해성 내지는 그 확실성 등에 차이가 있으므로, 임시향정신성의약품에 대하여 (가)목의 향정신성의약품에 관한 규정을 준용할 때에는 이러한 차이를 고려하여야 한다.

바. 이상과 같은 관련 법령의 규정 체계 및 법리와 아울러 임시마약류 지정 제도의 취지, 임시향정신성의약품과 (가)목의 향정신성의약품의 실질적인 차이 등을 종합적으로 고려하여 보면, 임시향정신성의약품에 대하여 향정신성의약품에 준하여 취급·관리할 필요가 있다고 보아 일반 행위를 금지하는 제3조를 준용하는 데에서 더 나아가, 임시향정신성의약품으로 지정·공고된 물질을 수입한 자에 대하여 (가)목의 향정신성의약품에 대한 제3조 제5호 위반행위와 마찬가지로 보아 그 법정형이 무기 또는 5년 이상의 징역인 제58조 제1항 제3호 위반죄로 처벌하기 위하여는 그 임시향정신성의약품이 실질적으로 (가)목의 향정신성의약품에 준하는 물질에 해당하여야 한다고 제한적으로 해석함이 타당하다.

따라서 임시향정신성의약품이라 하여도 (가)목의 향정신성의약품과 마찬가지로 중추신경계에 작용하고 오용하거나 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성이 있거나 적어도 그럴 우려가 충분하다는 요건을 갖추어야 법 제58조 제1항 제3호가 적용될 수 있으며, 그 요건에 대한 증명이 없는 경우에는 위 규정에 의하여 처벌할 수 없다고 보아야 한다.

2. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 식품의약품안전처장은 법 제5조의2 제1항의 위임에 따라, 2014. 12. 11.자 식품의약품안전처 공고 제2014-369호 붙임 1. 연번 56번으로 알킬 니트리트(alkyl nitrite)[그 공고의 '화학물질'란에 열거된 이소부틸 니트리트(isobutyl nitrite) 등 7종에 한한다.

이하 '알킬 니트리트'라 한다]를 그 효력기간을 2017. 6. 10.까지로 정하여 임시향정신성의약품[법 제2조 제3호 (가)목]으로 지정하였고(이하 '이 사건 공고'라 한다), 그 지정사유로 '구조적·효과적 분류군: 기타', '약리효과: 혈관 확장', '부작용: 다른 혈관확장제와 병용 시 의식상실 등'을 들고 있는 사실을 알 수 있다.

3. 원심은, 판시와 같은 사정을 들어 알킬 니트리트가 중추신경계에 작용하여 의존성을 일으키는 물질이라고 단정하기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 알킬 니트리트가 의료용으로 쓰이지 아니하고 안전성이 결여된 물질이라고 단정할 수 없으며, 오남용의 우려 및 신체적·정신적 의존성이 심하다고 보기 어려워 (가)목의 향정신성의약품에 준

하는 정도의 물질이라고 보기 어렵다고 보아, 식품의약품안전처장이 알킬 니트리트를 법 제2조 제3호 (가)목의 임시향정신성의약품으로 지정·공고한 것은 모법의 위임범위를 벗어나 무효라는 이유로, 피고인이 알킬 니트리트를 흡입하는 방법으로 사용하고 수입한 행위에 대하여 법 제59조 제1항 제5호, 법 제58조 제1항 제3호 위반죄로 공소가 제기된 부분은 형사소송법 제325조 전단의 '범죄로 되지 아니하는 경우'에 해당한다고 보아 무죄(법 제58조 제1항 제3호 위반죄로 공소가 제기된 부분에 대해서는 이유무죄)를 선고한 제1심의 결론을 유지하였다.

4. 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 알킬 니트리트가 이 사건 공고에 의하여 임시향정신성의약품으로 지정되었다 하더라도 이를 사용하거나 수입한 행위에 대하여 법 제59조 제1항 제5호, 법 제58조 제1항 제3호 위반죄로 처벌하기 위해서는, 그 물질이 중추신경계에 작용하는 것이라는 점과 (가)목 향정신성의약품에 준하는 정도의 심각한 오남용의 가능성 및 신체적 또는 정신적 의존성이 있다거나 적어도 그럴 우려가 충분하다는 요건을 갖추어야 한다.

그런데 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 알킬 니트리트가 중추신경계에 작용하여 의존성을 일으키는 물질이라거나 의료용으로 쓰이지 아니하고 안전성이 결여된 물질이라고 단정하기 어렵고 오남용의 우려 및 신체적·정신적 의존성이 심하다고 보기도 어렵다는 원심의 사실인정은 수긍할 수 있으며, 결국 위 요건에 대하여 증거가 있다고 할 수 없다.

따라서 비록 원심의 이유설시에 일부 적절하지 아니한 부분이 있기는 하지만, 알킬 니트리트를 수입한 공소사실 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 임시향정신성의약품 지정 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

한편 검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 유죄 부분에 대하여는 상고장에 이유의 기재가 없고, 상고이유서에도 이에 관한 불복이유의 기재를 찾아볼 수 없다.

5. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장) 박병대(주심) 박보영 권순일