

마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)

[서울고등법원 2015. 7. 27. 2015노1725]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 검사

【검 사】 이상현(기소), 김충한(공판)

【변 호 인】 법무법인 다임 담당변호사 김태영

【원심판결】 서울중앙지방법원 2015. 6. 5. 선고 2015고합282 판결

【주문】

】

검사의 항소를 기각한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

이소부틸 니트리트 성분이 함유된 흥분제(일명 '러쉬')는 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 가목의 물질에 준하는 정도의 보건상 위해 가능성 및 긴급성의 요건을 갖추어 위 가목의 임시마약류로 규제하여야 할 필요성이 충분히 인정된다.

따라서 러쉬가 위 가목의 물질에 준하는 정도의 보건상 위해 가능성 및 긴급성의 요건을 갖추지 못하였음에도 위 가목의 임시마약류로 지정한 식품의약품안전처장의 2014. 12. 11.자 공고가 모법인 마약류 관리에 관한 법률에서 위임한 범위를 벗어난 것이어서 무효라고 판단한 제1심에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 판단

가. 공소사실의 요지

1) 임시향정신성의약품 이소부틸 니트리트 성분이 함유된 흥분제(일명 '러쉬', 이하 '러쉬'라고 한다) 사용

피고인은 2015. 2. 8. 00:30경 서울 강남구 논현동 소재 ○○○○○○○○○○○○○○호텔 1502호실에서, 공소외인과 함께 러쉬의 병뚜껑을 열고 그 증기를 코로 흡입하는 방법으로 이를 사용하였다.

2) 러쉬 밀수입

피고인은 2015. 3. 14. 23:05경 인천 중구 소재 인천국제공항에서, 홍콩국제공항에서 출발한 캐세이퍼시픽 CX430편 비행기를 이용하여 입국하면서 피고인의 여행용 가방에 러쉬 2병을 은닉한 후 인천국제공항 입국장 검색대를 통과하는 방법으로 이를 밀수입하였다.

나. 제1심의 판단

1) 위임 형식의 위헌성 여부

① 마약류 관리에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제5조의2의 임시마약류 지정 제도는 국민의 건강과 보건에 심각한 악영향을 끼치는 신종 환각물질에 대한 신속한 대응을 위하여 2011. 6. 7. 법률 제10786호로 법이 개정되면서 새로 도입된 점, ② 이는 법규명령인 법 시행령 개정에 상당한 시간이 소요되어 그러한 개정과정에서 유사 마약류가 급증하여 국민의 건강과 보건에 심각한 위해를 가하는 것을 막기 위함이라는 긴급한 필요성 때문에 식품의약품안전처장의 공고라는 행정규칙에 직접 위임한 것으로 보이는 점, ③ 임시마약류는 비록 법에서 금지하는 마약류는 아니지만

오용 또는 남용으로 인하여 보건상의 위해가 우려되어 긴급히 마약류에 준하여 취급·관리될 필요성이 있는 물질 등으로, 그 범위가 마약류인 마약, 향정신성의약품 및 대마에 준하는 것으로 한정될 정도로 위임의 범위가 명확하고, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수범자라면 금지되는 행위가 무엇인지 충분히 예상할 수 있는 점, 임시마약류 지정행위는 신중 환각물질 또는 향정신성물질의 구조적 성분, 약리효과(중추신경계 자극, 흥분, 억제 등), 부작용 및 유해사례, 국내 반입·유통 여부, 해외 유통 및 규제 현황 등을 고려하여 식품의약품안전처장에 의하여 이루어지는 것으로 전문적·기술적 사항으로 봄이 상당한 점, 임시마약류 지정은 관계기관의 협의를 거쳐 일정한 기간을 정하여 지정하도록 되어 있는 등 임시적·잠정적 조치인 점 등을 종합하면, 법 제5조의2가 처벌법규의 구성요건의 일부인 임시마약류 지정을 법규명령에 위임하지 않고 행정규칙인 식품의약품안전처장 공고에 직접 위임한 형식 자체는 헌법상 죄형법정주의 또는 포괄위임입법 금지원칙에 위배된다고 볼 수는 없다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도14928 판결 참조).

2) 법 제5조의2에 따른 식품의약품안전처 공고 제2014-369호(2014. 12. 11.자, 이하 '이 사건 공고'라 한다) 연번 56의 위임 범위 일탈 여부

가) 위임 범위 일탈 여부 판단 기준

이 사건 공고는 이 부분 공소사실에서 문제 되고 있는 러쉬의 성분인 알킬 니트리트(Alkyl nitrite)를 포함한 86개의 물질을 임시마약류로 지정하면서, 위 86개의 물질 모두에 대해 법 제2조 제3호 가목의 임시향정신성의약품으로만 구분하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 법 제2조 제3호는 향정신성의약품에 관하여, 오용하거나 남용할 우려의 심각성 여부, 의료용으로서의 사용 여부, 안전성의 결여 여부, 신체적 또는 정신적 의존성의 발생 여부에 따라 가목에서 마목으로 세부적으로 분류하고 있다.

그 별칙 조항도 가목 내지 라목의 각 단계별로 향정신성의약품의 취급행위 태양에 따라 처벌의 정도에 차등을 두고 있다.

법 제5조의2 제2항 각 호에서는 임시마약류로 지정하는 경우 임시마약류의 지정사유, 임시마약류의 명칭, 임시마약, 임시향정신성의약품 또는 임시대마의 구분, 임시마약류의 지정에 관한 사항 등을 공고하도록 규정하고 있다.

그런데 법에서는 마약 및 대마와는 달리 향정신성의약품의 경우는 '법 제2조 제3호 가목 내지 마목의 향정신성의약품'으로 각 구분하고 있으므로, 신중 유사마약류를 임시향정신성의약품으로 지정할 때도 적어도 이에 준하는 정도의 구분의 필요성은 있어 보인다.

법 제5조의2 제4항에서 임시마약류에 대한 일반적인 금지규정을 만들어 두고 있으나 이에 위반하는 경우의 형사처벌에 관하여는 같은 조 제5항에서 법 제3조를 준용하도록 함으로써 임시향정신성의약품의 경우에는 향정신성의약품으로 간주하여 향정신성의약품과 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다.

만일 법 제2조 제3호 가목의 물질에 준하는 정도의 오·남용의 가능성, 안전성, 신체적 또는 정신적 의존성 여부가 인정되지 않는 임시향정신성의약품을 법 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품과 동일하게 처벌할 경우 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃는 등 형벌에 관한 책임주의 원칙에 반하는 결과가 초래될 수도 있다.

결국 이 사건 공고가 임시마약류 중 법 제2조 제3호 가목의 물질에 준하는 정도의 심각한 오·남용의 가능성, 안전성, 신체적 또는 정신적 의존성 여부가 인정되지 않는 물질을 법 제2조 제3호 가목의 임시향정신성의약품으로 구분하여

법 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품과 동일하게 처벌하도록 하는 것은 모법인 법에서 위임한 범위를 벗어난 것이라고 할 것이다.

나) 법 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품에 준하는지 여부

이 사건 공고 연번 56은 알킬 니트ريت을 법 제2조 제3호 가목의 임시향정신성의약품으로 구분하고 있다.

그런데 알킬 니트리트(Alkyl nitrite)를 법 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품에 준하여 처벌하려면 법 제2조 제3호 가목의 물질에 준하는 정도의 오·남용의 가능성, 안전성, 신체적 또는 정신적 의존성 여부가 검토되어야 할 것이다.

이 사건 공고에 의하면 alkyl nitrite의 약리적 효과는 '혈관 확장'에 불과하여 위 60개의 물질 중 유일하게 alkyl nitrite의 경우에만 '중추신경계 작용 또는 작용 가능성'이 언급되지 않은 점, 검사가 제출한 증거들만으로는 알킬 니트리트가 의료용으로 쓰이지 아니하고 안전성이 결여된 물질이라고 단정할 수는 없고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, 검사가 제출한 증거들만으로는 알킬 니트리트가 오·남용의 우려가 심하고 심한 신체적·정신적 의존성을 일으키는 물질이라고 단정할 수는 없고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점 등을 종합하면, 알킬 니트리트는 적어도 법 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품에 준하는 정도의 물질이라고 보기는 어렵다.

그렇다면 이 사건 공고 연번 56에서 알킬 니트ريت을 법 제2조 제3호 가목의 임시향정신성의약품으로 구분하는 것은 모법에서 위임한 범위를 벗어난 것으로 무효이므로, 이 사건 공고 연번 56이 적용되는 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

제1심의 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면 제1심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 따라서 제1심 판결에는 검사가 지적하는 바와 같이 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 아니하므로 검사의 법리 오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김상준(재판장) 민소영 이춘근