



수 원 고 등 법 원

제 2 - 1 형 사 부

판 결

사 건 2025노1380 마약류관리에관한법률위반(향정)

피 고 인 A

항 소 인 피고인과 검사

검 사 차범준(기소), 김진남(공판)

변 호 인 법무법인 승전

담당변호사 최영기

원 심 판 결 수원지방법원 성남지원 2025. 2. 6. 선고 2024고합308 판결

환송 전 당심판결 수원고등법원 2025. 6. 19. 선고 2025노311 판결

환 송 판 결 대법원 2025. 9. 11. 선고 2025도11062 판결

판 결 선 고 2026. 2. 4.

주 문

원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기한다.

피고인을 징역 1년 6개월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인에게 40시간의 약물중독 재활교육 프로그램 수강을 명한다.



피고인으로부터 500,000원을 추정한다.

피고인에게 위 추정금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 사건 공소사실 중 2024. 2. 12. 합성대마 사용으로 인한 구 마약류관리에관한법률위반(향정)의 점은 무죄.

이 유

1. 소송의 경과 및 이 법원의 심판범위

가. 소송의 경과

1) 원심은 이 사건 공소사실 중 2023년 원심 별지 범죄일람표 기재 MDMA 투약·소지·제공 각 행위, 2024. 2. 11.자 MDMA·케타민·필로폰 매수, 2024. 2. 11.부터 같은 달 12일까지 사이의 MDMA·필로폰 투약, 2024. 2. 18.부터 같은 달 19일까지 사이의 케타민·필로폰 투약으로 인한 각 구 마약류관리에관한법률(2025. 4. 1. 법률 제20878호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 마약류관리법'이라고 하되, 법령의 적용에서는 법령을 전부 기재한다)위반(향정)의 점을 유죄로 판단하고, 2023년 11월 중순경 필로폰 투약으로 인한 구 마약류관리법위반(향정)의 점은 주문 무죄로 판단하였으며, 2024. 2. 11. 합성대마 매수 및 2024. 2. 12. 합성대마 사용으로 인한 각 구 마약류관리법위반(향정)의 점은 모두 이유 무죄로 판단하되 위 각 공소사실에 2024. 2. 11. 합성대마 매수의 불능미수 및 2024. 2. 12. 합성대마 사용의 불능미수로 인한 각 구 마약류관리법위반(향정)의 점이 포함되어 있다고 보고 이를 유죄로 판단하였다.

2) 이에 대하여 피고인과 검사가 모두 원심판결 전체에 대하여 항소하였으나, 환송전 당심은 피고인과 검사의 항소를 모두 기각하였다.



3) 이에 대하여 피고인만 상고하였고, 대법원은 원심판결 중 2024. 2. 12. 합성대마 사용의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정) 부분에 직권파기사유가 있다고 판단하면서, 이 부분 공소사실과 유죄로 인정된 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 각 이유에서 무죄로 판단된 부분은 유죄 부분과 일죄의 관계에 있으므로 피고인의 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하여 환송하였다.

나. 이 법원의 심판범위

1) 원심 주문 무죄 부분

이 사건 공소사실 중 환송 전 당심판결이 검사의 항소를 기각한 2023년 11월 중순경 필로폰 투약으로 인한 구 마약류관리법위반(향정)의 점은 검사가 이에 대하여 상고하지 않아 그대로 분리·확정되었다. 따라서 이 부분 공소사실은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2) 원심 이유 무죄 부분

원심판결 중 이유 무죄 부분은 검사가 상고하지 않았으나 이와 일죄의 관계에 있는 2024. 2. 11. 합성대마 매수의 불능미수 및 2024. 2. 12. 합성대마 사용의 불능미수로 인한 각 구 마약류관리법위반(향정) 부분에 대하여 피고인이 상고함으로써 상소불가분 원칙에 따라 상고심에 이심되었다.

그러나 이 부분 각 공소사실은 검사가 위와 같이 상고하지 않음으로써 이미 당사자간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서도 벗어나게 되어 상고심으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없는 것이고, 따라서 상고심으로부터 유죄 부분에 대한 항소심판결이 잘못되었다는 이유로 사건을 파기환송 받은 이 법원 역시 그



이유 무죄 부분에 대하여 다시 심리·판단하여 유죄를 선고할 수 없는바(대법원 1991. 3. 12. 선고 90도2820 판결 등 참조), 이 부분 각 공소사실에 대하여는 원심판결의 결론에 그대로 따르기로 한다.

2. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심이 선고한 형(징역 1년 6개월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지(2024. 2. 12. 합성대마 사용으로 인한 구 마약류관리법위반의 점)

피고인은 마약류 취급자가 아니다.

피고인은 D, F, E, H과 공모하여 2024. 2. 12. 새벽경 서울 강남구 I 지하에 있는 클럽 'J' 내에서 합성대마가 들어있는 D의 전자담배기기를 입으로 불상량을 흡입하는 방법으로 사용하였다.

나. 관련 법리

형법 제8조는 "본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다."라고 규정하고 있고, 형법 제29조는 "미수범을 처벌할 죄는 각칙의 해당 죄에서 정한다."라고 규정한다. 따라서 형법 각칙의 해당 죄 또는 특별형벌법규에서 미수범 처벌규정을 둔 경우 미수범으로 처벌할 수 있다.

형법 제27조(불능범)는 "실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불



가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다."라고 규정하고 있다. 불능미수란 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있더라도 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 없지만 다만 그 행위의 위험성 때문에 미수범으로 처벌하는 경우를 말한다. 여기에서 '결과의 발생이 불가능'하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다.

한편 구 마약류관리법 제59조 제1항은 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다."라고 규정하고, 같은 항 제5호는 "제3조 제5호를 위반하여 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의 약품을 소지·소유·사용·관리한 자"를 구 마약류관리법 제59조 제1항의 처벌대상에 포함시키고 있으나, 같은 조 제3항은 "제1항(제5호 및 제13호는 제외한다) 및 제2항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다."라고 규정하여 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호를 미수범 처벌대상에서 제외하고 있다.

이와 같은 형법 총칙 및 구 마약류관리법의 관련 규정 내용과 체계 등에 비추어 볼 때, 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호에서 금지하는 행위가 미수에 그친 경우 구 마약류관리법 제59조 제3항을 적용하여 미수범으로 처벌할 수 없다(환송판결 참조).

다. 구체적 판단

1) 기록에 의하면, 검사는 피고인의 2024. 2. 12. 합성대마 사용으로 인한 구 마약류관리법위반(향정) 부분 공소사실에 대하여 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호, 제3조 제5호, 제2조 제3호 가목을 적용하여 공소제기하였다.

그런데 원심은 원심 판시와 같은 이유로 피고인의 2024. 2. 12. 합성대마 사용으로



인한 구 마약류관리법위반(향정)의 점에 대하여 피고인이 실제 합성대마를 사용하였다는 점이 합리적 의심을 넘어설 정도로 증명되지 않았다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하고, 다만 피고인이 합성대마 사용의 고의로 실행에 착수하였고 그 행위의 위험성이 인정된다는 이유로 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 2024. 2. 12. 합성대마 사용의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정)죄를 유죄로 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 이러한 원심의 조치는 미수범 처벌대상이 아니어서 미수범으로 처벌할 수 없는, 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호, 제3조 제5호, 제2조 제3호 가목의 합성대마 사용에 대한 불능미수를 유죄로 보아 구 마약류관리법위반(향정)죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 따라서 원심판결 중 2024. 2. 12. 합성대마 사용의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정) 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분 공소사실과 유죄로 인정된 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 각 이유에서 무죄로 판단된 부분은 유죄 부분과 일죄의 관계에 있으므로 결국 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)은 전부 파기되어야 한다.

4. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)에는 앞서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【파기 부분에 대하여 다시 쓰는 판결 이유】



범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실 및 증거의 요지는, 원심판결문 범죄사실 중 '다. 2024. 2. 12. 합성대마 사용 불능미수' 부분(원심판결문 3쪽 1행부터 5행)을 삭제하고, 원심판결문 3쪽 6행의 '라.'를 '다.'로, 증거의 요지 중 '1. 피고인의 일부 법정진술'을 '1. 피고인의 법정진술'로 각 고치는 외에는 원심판결의 각 해당란 기재(원심 별지 범죄일람표 포함)와 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택¹⁾

마약류 관리에 관한 법률 제58조 제3항, 구 마약류 관리에 관한 법률(2025. 4. 1. 법률 제20878호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 마약류 관리에 관한 법률'이라 한다) 제58조 제1항 제3호, 제3조 제5호, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 가목, 형법 제30조(합성대마 매수의 불능미수의 점, 유기징역형 선택), 각 구 마약류 관리에 관한 법률 제60조 제1항 제2호, 제4조 제1항 제1호, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 나목, 형법 제30조(MDMA 매수·투약의 점, 케타민 매수·투약의 점, 필로폰 매수·투약의 점, 각 징역형 선택), 구 마약류 관리에 관한 법률 제60조 제1항 제2호, 제4조 제1항 제1호, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 나목(MDMA 소지·제공의 점, 징역형 선택)

1. 법률상감경

형법 제27조 단서, 제55조 제1항 제3호[합성대마 매수의 불능미수로 인한 구 마약

1) 마약류 관리에 관한 법률 제3조, 제4조 제1항, 제58조 제1항, 제60조 제1항은 원심 선고일 이후인 2025. 4. 1. 법률 제20878호로 개정·공포되어 원심판결 및 환송 전 당심판결 선고 이후인 2025. 7. 2. 시행되었다[마약류관리에 관한 법률 부칙(2025. 4. 1.) 제1조 본문]. 공소장의 적용법조에는 구법이 명시되어 있지 아니하나, 소송 경과에 비추어 이를 정정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 주지 아니하므로, 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 적용법조를 정정한다.



류관리법위반(향정)죄에 대하여]

1. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조[형이 가장 무거운 합성대마 매수의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정)죄에 정한 형에 경합범가중]

1. 정상참작감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호

1. 집행유예

형법 제62조 제1항

1. 수감명령

마약류 관리에 관한 법률 제40조의2 제2항

1. 추정

마약류 관리에 관한 법률 제67조 단서

○ 추징금 산정근거: MDMA 5정의 가액 500,000원

○ 마약류 관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득한 것이 없다 하더라도 그 가액을 추징하여야 하지만, 그 추징의 범위는 피고인을 기준으로 하여 그가 취급한 범위 내에서 향정신성의약품 가액 전액을 추징하면 되는 것이지 동일한 의약품을 취급한 피고인의 일련의 행위가 범죄를 구성한다고 하여 그 행위마다 따로 그 가액을 추징할 것은 아니다(대법원 2012. 1. 26. 선고 2011도15127 판결 등 참조).

범죄사실에 의하면, 피고인이 2023년 9월 중순경부터 2023. 10. 28.경까지 소지



한 MDMA 3정과 피고인이 2023. 10. 28.경 투약 및 제공한 MDMA 3정은 동일한 것이므로, 범죄사실 제1항 원심 별지 범죄일람표 연번 3번 내지 5번 기재 각 범죄에 관하여 MDMA 3정의 가액을 추정한다. 따라서 피고인으로부터 소지, 투약, 제공한 MDMA 5정(= 범죄사실 제1항 원심 별지 범죄일람표 연번 1번 1/2정 + 위 범죄일람표 연번 2번 1/2정 + 위 범죄일람표 연번 3~5번 3정 + 범죄사실 제2. 나.항 1정)의 가액을 추정한다.

다만 범죄사실 제2. 가.항 기재 MDMA, 케타민 및 필로폰 매수 범행은 양이 특정되지 않고[검사도 2024. 2. 11. 매수한 향정신성의약품에 대한 추정을 구하고 있지 않다(증거기록 644쪽)], 범죄사실 제2. 가.항 기재 합성대마 매수의 불능미수 범행은 불능미수에 불과한데다가 피고인이 합성대마라고 알고 매수한 물질의 종류 및 양이 특정되지 않았으며, 범죄사실 제2. 나.항 및 다.항 기재 필로폰 및 케타민 투약 범행은 양이 특정되지 않았으므로, 이에 대하여는 각 추정하지 않는다.

1. 가납명령

형사소송법 제334조 제1항

양형의 이유

1. 법률상 처단형의 범위: 징역 1년 3월~11년 3월
2. 양형기준에 따른 권고형의 범위: 형이 가장 무거운 합성대마 매수의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정)죄가 미수범에 해당하므로 양형기준이 적용되지 않는다.

3. 선고형의 결정

이 사건 각 범행은 피고인이 2023년경 MDMA를 4회 투약하고, 2회 소지하고, 2024



년경 MDMA·케타민·필로폰을 매수하고, 합성대마를 매수하려고 하였으나 미수에 그치고, MDMA와 필로폰을 동시에 투약하고, 케타민과 필로폰을 동시에 투약한 사안이다.

마약류 범죄는 환각성·중독성 등으로 인하여 개인의 육체와 정신을 황폐하게 하고 국민보건을 심각하게 저해하는 등 사회 전반에 미치는 부정적 영향이 크고, 재범의 위험성이 높아 엄히 처벌할 필요가 있다. 피고인은 여러 차례 마약류를 투약하였고, 마약류를 타인에게 제공하기도 하였다. 피고인이 저지른 범행의 죄질이 불량하고, 피고인은 공범에게 수사 대응에 관한 메시지를 공유하고 수사 대응을 위하여 경찰관에게 접촉하는 등 범행 후의 정황도 불량하다. 이는 피고인에게 불리한 정상이다.

다만 피고인은 자신의 범행을 인정하고 있으며, 재범하지 않을 것을 다짐하고 있다. 피고인은 구속 상태로 기소되어 약 1년 2개월이라는 장기간의 구금생활을 통하여 반성과 참회의 시간을 보냈을 것으로 보인다. 피고인에 대한 형을 정함에 있어서는 공범과의 형평성도 고려할 필요가 있다. 이는 피고인에게 유리한 정상이다.

위와 같은 정상과 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형 조건을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

무죄부분

1. 공소사실의 요지

가. 2024. 2. 11. 합성대마 매수

피고인은 D, E, C와 공모하여 2024. 2. 11. 오후경 수원시 불상지에서 합성대마 1통에 60만원 상당의 비트코인을 입금하고 던지기 방법으로 매수하였다.

나. 2024. 2. 12. 합성대마 사용



피고인은 C, D, F, E, H과 공모하여 2024. 2. 12. 새벽경 서울 강남구 I 지하에 있는 클럽 'J' 내에서 합성대마가 들어있는 D의 전자담배기기를 입으로 불상량을 흡입하는 방법으로 사용하였다.

2. 판단

이 부분 각 공소사실은 위에서 본 바와 같이 원심이 무죄로 판단하고 환송 전 당심이 검사의 항소를 기각하였으며, 이에 관하여 검사가 상고하지 아니함으로써 확정력이 발생하였으므로, 이 법원은 환송 전 당심의 판단(환송 전 당심 판결문 6쪽 하2행~7쪽 6행)에 따른다.

따라서 이 부분 각 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 모두 무죄를 선고하여야 할 것이다. 다만 2024. 2. 11. 합성대마 매수로 인한 구 마약류관리법위반(향정)의 점과 일죄의 관계에 있는 범죄사실 제2. 가. 항 기재 2024. 2. 11. 합성대마 매수의 불능매수로 인한 구 마약류관리법위반(향정)죄를 유죄로 인정하는 이상 이 부분 공소사실에 대하여는 따로 주문에서 무죄를 선고하지 아니한다.

재판장 판사 김민기 _____

 판사 김종우 _____



본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결문을 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2026-05-08

판사 박광서 _____