

## 마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)

[대법원 2024. 1. 4. 2021도5723]



### 【판시사항】

구 형법 제48조 제1항 제1호에서 몰수 대상으로 정한 '범죄행위에 제공한 물건'의 의미 / 위 조항에 의한 몰수가 임의적이거나 비례의 원칙에 따른 제한을 받는지 여부(적극) 및 비례의 원칙 위반 여부를 판단할 때 고려하여야 할 사정 / 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 '범죄행위에 제공된 물건', 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 '범죄행위로 인하여 생긴 물건'에 각각 해당하는지 여부(적극) 및 이때 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능한지 여부(적극)

### 【판결요지】

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정되기 전의 것) 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공한 물건'은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다. 한편 위 조항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다. 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있는바, 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 '범죄행위에 제공된 물건', 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 '범죄행위로 인하여 생긴 물건'에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다.

### 【참조조문】

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정되기 전의 것) 제48조 제1항 제1호

### 【참조판례】

대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결(공2006하, 1774), 대법원 2008. 4. 24. 선고 2005도8174 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결(공2013하, 1172), 대법원 2017. 10. 23. 선고 2017도5905 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 강준성

【원심판결】 수원지법 2021. 4. 23. 선고 2021노393 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공한 물건'은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결 등 참조). 한편 위 조항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2005도8174 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결 참조). 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있는바, 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 '범죄행위에 제공된 물건', 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 '범죄행위로 인하여 생긴 물건'에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다(대법원 2017. 10. 23. 선고 2017도5905 판결).

위와 같은 법리에 원심이 적법하게 채택한 증거와 기록에 따라 알 수 있는 사정, 즉 ① 제1심과 원심이 몰수를 명한 이 사건 휴대전화(증 제3호)는 피고인이 2019. 2.경 자신의 할머니 명의로 개통한 것으로, 피고인은 그 경위에 관하여, 종전 형사처벌 전력에 따른 형 집행 과정에서 신용불량자가 되어 2018. 9.경 형기만료 후 자기 명의로는 휴대전화를 개통할 수 없는 불가피한 상황이었어서 할머니 명의로 개통·사용하였다고 수사 및 공판 과정에서 일관되게 진술하였고, 그와 달리 볼 만한 사정도 존재하지 않는 점, ② 이 사건 범죄사실과 관련하여 이 사건 휴대전화가 사용된 것으로 보이는 정황은, 피고인이 대마 수수·흡연 범행과 관련하여 2020. 3. 23.경 공소외인과 문자메시지를 몇 차례 주고 받은 것과 필로폰 수수·투약 범행과 관련하여 2020. 6. 12.경 공소외인과 1회 통화한 것이 전부이므로, 마약 등의 수수 및 흡연(투약)을 본질로 하는 이 사건 범죄의 실행행위 자체 또는 범행의 직접적 도구로 사용된 것은 아닌 점, ③

이와 같은 타인 명의 휴대전화의 개통 경위·목적·사용기간·사용내역 등에 비추어, 피고인은 2020. 8. 5. 이 사건 범행으로 체포되기까지 약 1년 6개월 동안 이 사건 휴대전화를 일상적인 생활도구로 사용하던 중 이 사건 범죄사실과 관련하여 상대방과의 연락 수단으로 일시적으로 이용한 것일 뿐 이 사건 범행의 직접적이고 실질적인 목적·수단·도구로 사용하기 위하여 또는 그 과정에서 범행·신분 등을 은폐하기 위한 부정한 목적으로 타인 명의로 개통하여 사용한 것으로 보이지는 않는 등 이 사건 범죄와의 상관성은 매우 낮은 편이어서 이를 몰수하지 않으면 다시 이를 직접적이고 실질적인 범행의 목적·수단·도구로 이용하여 동종 범행을 저지를 가능성이나 위험성이 높다고 보기 어려운 점, ④ 이 사건 휴대전화의 압수 조치는, 이 사건 범죄사실의 각 범행일시 특정을 위해 문자메시지와 통화내역 등에 관한 확인이 필요하여 이루어진 것으로 보이나, 피고인이 이 사건 범죄사실을 모두 자백하고 있어 압수를 계속할 필요성이 보이지 않고 제1심 역시 같은 이유로 가환부 결정을 하는 등 이 사건 휴대전화의 증거가치 혹은 관련·동종의 범행 예방 차원에서 피고인의 점유 내지 소유권을 박탈할 필요성이 높아 보이지 않는 점, ⑤ 피고인은 3세에 부모 이혼 후 조부모 아래에서 성장하였고, 현재 아내와 딸은 중국에 거주하지만 그들을 비롯한 친인척과는 교류가 거의 없이 단지 이 사건 휴대전화로 중국 메신저(위챗)를 통해 연락을 취하는 것으로 보여, 이 사건 휴대전화는 단순히 금전적·경제적 가치를 넘어 피고인이 해외에 거주하는 가족과 연락할 수 있는 수단이자 지인의 연락처·금융거래 및 각종 계정 등 다수의 개인정보와 전자정보가 저장된 장치로서 피고인에게는 일상생활과 경제활동 등에 필수불가결한 물건으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 휴대전화는 비록 최초 압수 당시에는 몰수 요건에 형식적으로 해당한다고 볼 수 있었다 하더라도 그 후 수사 및 재판의 진행 경과와 이를 통해 밝혀진 사실관계에 비추어 이 사건 범죄 수행에 실질적으로 기여한 것이라고 단정하기 어려운 사정이 밝혀진 것으로 봄이 타당하다.

뿐만 아니라, 이 사건 범죄 실행에 사용된 정도·범위·횟수·중요성 등 범죄와의 상관성·관련성에 비추어, 범죄와 무관한 개인의 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 등 인격적 법익에 관한 모든 것이 저장되어 있는 사적 정보저장매체로서의 이 사건 휴대전화에 갖는 인격적 가치·기능이 이를 현저히 초과한다고 볼 수 있어, 몰수로 인하여 피고인에게 미치는 불이익의 정도가 지나치게 큰 편이라는 점에서도 비례의 원칙상 몰수가 제한되는 경우에 해당한다고 볼 여지가 많다.

그럼에도 원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 휴대전화에 구 형법 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공한 물건'에 해당된다고 보아 몰수를 명한 제1심판결을 유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 비례의 원칙을 비롯한 몰수의 실질적 요건 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권영준(재판장) 이동원 천대엽(주심)