

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2018도8161 풍속영업의규제에관한법률위반  
피 고 인 피고인 1 외 2인  
상 고 인 검사  
변 호 인 변호사 고석상(피고인 모두를 위하여)  
원 심 판 결 제주지방법원 2018. 5. 3. 선고 2017노112 판결  
판 결 선 고 2023. 4. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 제주지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

가. 피고인들에 대한 공소사실의 요지

피고인 3은 제주시에 있는 '○○○○ 나이트클럽'(이하 '이 사건 나이트클럽'이라 한다)을 운영하는 사람이고, 피고인 2는 이 사건 나이트클럽의 연예부장으로 근무하는

사람이며, 피고인 1은 이 사건 나이트클럽의 종업원으로 무용수이다.

누구든지 풍속영업을 영위하는 사람은 풍속영업소에서 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공하여서는 아니 된다. 그럼에도 피고인들은 음란행위로 손님을 모집할 것을 공모하여 2016. 6. 21. 23:00 무렵 이 사건 나이트클럽에서 피고인 1은 피고인 3 으로부터 월 400만 원을 받고 피고인 2가 관리하고 있는 연예부에서 일하는 조건으로 이 사건 나이트클럽 무대에서 약 15분 동안 티팬티만 입은 채 성행위를 묘사하는 쇼를 하고, 다시 손님들이 앉아 있는 테이블로 내려와 술을 부어주는 등 흥을 돋운 후 다시 무대에 올라가 성기에 모조 성기를 끼워 음모가 보이는 상태에서 춤을 추며 성행위를 묘사하는 등 음란행위 영업을 하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은, 경찰관들이 이 사건 나이트클럽에 손님으로 가장하고 출입하여 피고인 1의 공연을 촬영한 행위는 강제수사에 해당함에도 사전 또는 사후에 영장을 발부받은 사실이 없으므로, 그 촬영물이 수록된 CD 및 그 촬영물을 캡처한 영상사진은 위법수집증거로서 증거능력이 없다는 등의 이유로 제1심판결을 파기하고 피고인들에 대한 공소사실을 무죄로 판단하였다.

#### 2. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

가. 수사기관이 범죄를 수사하면서 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다 (대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결 등 참조). 다만 촬영으로 인하여 초상권, 사생

활의 비밀과 자유, 주거의 자유 등이 침해될 수 있으므로 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영하였는지 여부는 수사기관이 촬영장소에 통상적인 방법으로 출입하였는지 또 촬영장소와 대상이 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속하는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

나. 원심판결 이유 및 원심과 제1심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 제주서부경찰서 소속 경찰관들은 국민신문고 인터넷사이트에 '이 사건 나이트클럽에서 남성무용수의 음란한 나체쇼가 계속되고 있다'는 민원이 제기되자 그에 관한 증거수집을 목적으로 이 사건 나이트클럽에 출입하였다.

2) 이 사건 나이트클럽은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 성인이라면 누구나 출입이 가능한 일반적으로 개방되어 있는 장소이다.

3) 경찰관들은 이 사건 나이트클럽의 영업시간 중에 손님들이 이용하는 출입문을 통과하여 이 사건 나이트클럽에 출입하였고, 그 출입 과정에서 보안요원 등에게 제지를 받거나 보안요원이 자리를 비운 때를 노려 몰래 들어가는 등 특별한 사정이 발견되지 않는다.

4) 피고인 1은 이 사건 나이트클럽 내 무대에서 성행위를 묘사하는 장면이 포함된 공연을 하였고, 경찰관들은 다른 손님들과 함께 객석에 앉아 그 공연을 보면서 불특정 다수의 손님들에게 공개된 피고인 1의 모습을 촬영하였다.

다. 사실관계가 위와 같다면, 이 사건 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대한 범죄의 혐의가 포착된 상태에서 이 사건 나이트클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위한 필요에 의하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 이 사건 나이트클럽

