

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021도10763 식품위생법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 전주지방법원 2021. 7. 22. 선고 2021노340 판결
판 결 선 고 2023. 7. 13.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 전주지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

피고인은 전주시에 있는 '○○○ ○○○'라는 상호의 일반음식점(이하 '이 사건 음식점'이라 한다)을 운영하는 사람이다.

일반음식점 영업자는 음향시설을 갖추고 손님들이 춤을 추는 것을 허용하는 행위를 하여서는 아니 된다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2020. 3. 7. 00:10경 이 사건 음식점 내에서 음향기기, 스크린 등을 설치하여 음악을 크게 틀고 손님들의 흥을 돋워 손님들이 춤을 추도록 허용하여 영업자가 지켜야 할 사항을 지키지 아니하였다.

2. 원심 판단의 요지

원심은, 이 사건 특별사법경찰관의 증거수집 절차에 다음과 같은 위법이 있어 검사가 제출한 증거 중 적발경위서, 현장확인서, 현장사진, 현장 동영상 등은 위법수집증거에 해당하므로 증거능력을 인정할 수 없고 나머지 증거들만으로는 이 사건 공소사실을 인정하기 부족하다는 이유로, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가. 특별사법경찰관이 식품위생법에 규정된 범죄에 대하여 사법경찰관의 직무를 수행하는 경우에도 특별시·광역시·도·시·군·구 소속 공무원에 해당하는 이상 식품위생법 제22조 제3항이 정하는 절차를 준수하여야 한다. 이 사건 특별사법경찰관은 직무수행을 위하여 이 사건 음식점에 출입하면서도 식품위생법 제22조 제3항이 정하는 증표 및 서류를 제시하지 않았다.

나. 특별사법경찰관이 음식점에 손님으로 가장하고 출입한 후 그 내부를 촬영하는 행위는 강제수사에 해당한다. 이 사건 특별사법경찰관은 이 사건 음식점에 출입하여 그 내부를 촬영하면서도 사전 또는 사후에 영장을 발부받지 않았다.

3. 인정사실

원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

가. 전주시 완산구청은 '이 사건 음식점이 음향시설을 갖추고 손님들이 춤을 추는 것을 허용하는 불법 영업행위를 반복하고 있다'는 취지의 민원이 지속되자 전라북도 특

별사법경찰과에 합동단속을 요청하였다. 이 사건 특별사법경찰관은 전주시 완산구청의 위와 같은 합동단속 요청에 따라 이 사건 공소사실과 같은 내용을 확인한다는 취지의 현장확인서 초안을 작성, 지참하여 이 사건 음식점에 출입하였다.

나. 이 사건 음식점은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 누구나 출입이 가능한 일반적으로 개방되어 있는 장소이다. 이 사건 특별사법경찰관은 이 사건 음식점의 영업시간 중에 손님들이 이용하는 출입문을 통과하여 이 사건 음식점에 출입하였고, 그 출입 과정에서 제지를 받거나 관리자가 자리를 비운 때를 노려 몰래 들어가는 등 특별한 조치를 취한 사정이 발견되지 않는다.

다. 이 사건 특별사법경찰관은 다른 손님들과 함께 좌석에 앉아 있던 중 음악이 나오자 대다수의 손님들이 좌석에서 일어나 음악에 맞추어 춤을 추는 모습을 보고 이를 촬영하고 이후 업소 직원으로부터 미리 작성한 현장확인서 초안에 서명을 받았다.

4. 대법원의 판단

가. 이 사건 특별사법경찰관이 식품위생법 제22조 제3항이 정하는 절차를 준수하지 아니한 것이 위법한지 여부

1) 식품위생법은 제22조 제1항 제2호에서 '식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품 등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 관계 공무원으로 하여금 다음 각 목에 해당하는 출입·검사·수거 등의 조치를 하도록 할 수 있다'라는 취지로 규정하면서, 그 (가)목에서 "영업소에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사", 그 (나)목에서 "가목에 따른 검사에 필요한 최소량의 식품 등의 무상 수거", 그 (다)목에서 "영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람"이라고 규정하고 있다. 한편, 식품위생법 제

22조 제3항은 "제1항 및 제2항의 경우에 출입·검사·수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다."라고 규정하고 있다.

위와 같은 식품위생법 제22조 제3항의 문언에 비추어 보면, 식품위생법 제22조 제3항에 따라 권한을 표시하는 증표 및 조사기간 등이 기재된 서류를 제시하여야 하는 경우는 식품위생법 제22조 제1항 제2호에 따라 영업소에 출입하여 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 검사하거나, 식품 등의 무상 수거, 장부 또는 서류를 열람하는 등의 행정조사를 하려는 경우에 한정된다. 따라서 구 형사소송법(2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되기 전의 것) 제197조, 구 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」(2019. 12. 10. 법률 제16768호로 개정되기 전의 것) 제5조 제8호에 근거하여 특별사법경찰관리로 지명된 공무원이 범죄수사를 위하여 음식점 등 영업소에 출입하여 증거수집 등 수사를 하는 경우에는 식품위생법 제22조 제3항이 정한 절차를 준수하지 않았다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

2) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다. 이 사건 특별사법경찰관은 이 사건 음식점의 불법 영업에 관한 지속적 민원으로 전주시 완산구청으로부터 합동단속 요청을 받아 이 사건 음식점에 출입한 후 범죄수사를 위하여 촬영을 하고 현장확인서를 징구하는 등 증거를 수집하였을 뿐 식품 또는 영업시설 등에 대한 검사를 하거나, 식품의 무상 수거, 장부 또는 서류를 열람하는 등의 행정조사를 하려 한 바가 없다. 따라서 이 사건 특별사법경찰관이 이 사건 음식점에 출입하여 증거를 수집하는 과정에서 식품위생법 제22조 제3항에 따라 권한을 표시하는 증표 및 조사기간 등이 기

재된 서류를 제시하지 않았더라도 출입이나 증거수집 절차가 위법하다고 할 수 없다.

나. 이 사건 특별사법경찰관이 영장 없이 음식점 내부를 촬영한 것이 위법한지 여부

1) 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, 사생활의 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(대법원 2023. 4. 27. 선고 2018도8161 판결 참조).

2) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다. 이 사건 특별사법경찰관은 범죄혐의가 포착된 상태에서 이 사건 공소사실 범행에 관한 증거를 보전하기 위한 필요에 의하여, 공개된 장소인 이 사건 음식점에 통상적인 방법으로 출입하여 이 사건 음식점 내에 있는 사람이라면 누구나 볼 수 있었던 손님들의 춤추는 모습을 촬영한 것이다. 따라서 이 사건 특별사법경찰관이 영장 없이 범행현장을 촬영하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

다. 소결론

그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 사건 특별사법경찰관의 증거수집 절차에 위법이 있다고 보아 적발경위서, 현장확인서, 현장사진, 현장 동영상 등의 증거능력을 부정하고 나머지 증거들만으로는 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 이

