

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020도9370 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 의정부지방법원 2020. 6. 25. 선고 2019노2528 판결
판 결 선 고 2024. 5. 30.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 17. 19:35경 고양시에 있는 '○○○○○'이라는 상호의 성매매업소 (이하 '이 사건 성매매업소'라 한다)에서, 손님으로 가장한 남성 경찰관에게서 대금 11만 원을 받고 7번방으로 안내한 다음 여종업원 공소외 1을 들여보내 성교행위를 하도록 하여 영업으로 성매매를 알선하였다.

2. 원심 판단의 요지

원심은, 이 사건 증거수집 절차에 다음과 같은 위법이 있으므로 검사가 제출한 증거 중 녹취CD, 업소시설 및 콘돔 사진, 여종업원의 수사기관 진술은 위법수집증거 내지 이를 기초로 한 2차적 증거로서 증거능력이 없고, 단속 경찰관의 진술은 위와 같은 부적법한 수사의 결과물로서 취신할 수 없다는 등의 이유로 범죄사실의 증명이 없다고 보아 제1심판결을 파기하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

가. 녹취CD는 단속 경찰관이 손님으로 이 사건 성매매업소에 들어가 피고인과 나눈 대화를 비밀녹음한 것이다. 비밀녹음은 진술인의 기본권을 침해하고, 형사소송법이 규정한 사전고지 규정(형사소송법 제244조의2 제1항)에 반하며, 타인의 대화비밀을 침해하는 등으로 위법하다.

나. 단속 경찰관들은 이 사건 성매매업소의 내부 수색 과정에서 여종업원으로부터 콘돔을 수거하였음에도 수색영장을 발부받거나 압수절차를 진행하지 아니하였고, 수사 현장에서의 사진촬영과 같은 검증에는 영장주의가 적용됨에도 영장 없이 업소시설을 촬영하였다.

다. 여종업원 공소외 1의 수사기관 진술은 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것임에도 진술거부권이 고지되지 않은 채 진술청취가 이루어졌다.

3. 인정사실

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

가. 경찰관 5명은 2018. 5. 17. 제보에 따라 피고인이 운영하는 이 사건 성매매업소를 단속하였는데, 우선 남성인 사법경찰관 공소외 2가 영업시간인 19:42경 손님으로 가장하여 성매매가 가능한지 여부를 문의하였고, 여종업원인 공소외 1 및 피고인과 나

는 대화를 녹음(이하 '이 사건 녹음'이라 한다)하였다. 한편 위 업소는 영업시간 중 누구나 제한 없이 출입할 수 있었다.

나. 위 공소외 2는 피고인의 안내에 따라 내실로 들어갔고, 이후 공소외 1이 위 내실에 들어와 공소외 2가 입고 있던 바지를 벗기고 침대 위로 올라오려고 하자 단속 사실을 밝히고 외부에 대기하던 나머지 경찰관들을 호출하였으며, 같은 날 20:30경 자신에 대한 성매매알선(이하 '이 사건 성매매알선'이라 한다)을 범죄사실로 하여 피고인을 현행범인으로 체포하였다.

다. 단속 경찰관들은 피고인을 현행범인으로 체포한 당시 이 사건 성매매업소 내부를 수색하여 여성전용실에 있는 냉장고 옆 커튼 아래에서 발견한 비닐포장된 콘돔 7개를 업소시설과 함께 사진 촬영(이하 '이 사건 사진'이라 한다) 하였는데, 위 콘돔을 교부받아 점유를 취득하거나 압수절차를 진행한 사실은 없다.

라. 공소외 1은 그 무렵 '이 사건 성매매알선 당시 성매매를 하려고 하였다'는 취지의 진술서를 작성하였다. 위 진술서에는 이 사건 성매매알선 당시의 사실이 기재되어 있을 뿐이고, 수사기관의 공소외 1에 대한 진술조서에도 공소외 1의 기존 성매매 등 별도 범죄에 관한 내용은 기재되어 있지 않다. 당시 공소외 1은 진술거부권을 고지받지 않았다.

4. 대법원의 판단

가. 녹취CD의 증거능력이 인정되는지 여부

1) 수사기관이 적법한 절차와 방법에 따라 범죄를 수사하면서 현재 그 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 범행현장에서 현행범인 등 관련자들과 수사기관의 대화를

녹음한 경우라면, 위 녹음이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다. 이는 설령 그 녹음이 행하여지고 있는 사실을 현장에 있던 대화상대방, 즉 현행범인 등 관련자들이 인식하지 못하고 있었더라도, 통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 경우에 해당하지 않는 이상 마찬가지이다. 다만 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 녹음하였는지 여부는 수사기관이 녹음장소에 통상적인 방법으로 출입하였는지, 녹음의 내용이 대화의 비밀 내지 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속하는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

2) 앞서 본 사실관계를 위와 같은 법리에 비추어 살펴본다. 이 사건 녹음은 대화의 당사자인 사법경찰관 공소외 2가 손님으로 가장하고 이 사건 성매매업소를 방문하여 위 업소를 운영하는 피고인 및 종업원인 공소외 1과의 대화 내용을 녹음한 것으로 통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 경우에 해당하지 않는다. 또한 사전에 제보를 받고 단속 현장에 나간 위 사법경찰관은 불특정 다수가 출입할 수 있는 이 사건 성매매업소에 통상적인 방법으로 들어가 적법한 방법으로 수사를 하는 과정에서, 피고인의 이 사건 성매매알선 범행이 행하여진 시점에 위 범행의 증거를 보전하기 위하여 범행 상황을 녹음하였다. 녹음의 내용이 대화의 비밀 내지 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속한다고 보기도 어렵다. 따라서 위 녹음이 비록 대화상대방인 피고인 및 공소외 1이 인식하지 못한 사이에 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

나. 이 사건 사진의 증거능력이 인정되는지 여부

1) 검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제212조의 규정에 의하여 피의자를 현행범인

으로 체포하는 경우에 필요한 때에는 체포현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 제2호). 다만 이와 같이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 48시간 이내에 지체 없이 압수영장을 청구하여야 한다(형사소송법 제217조 제2항).

2) 앞서 본 사실관계에 의하면, 사법경찰관 공소외 2는 이 사건 성매매알선 행위를 범죄사실로 하여 피고인을 현행범인으로 체포하였고, 단속 경찰관들이 그 체포현장이 사건 성매매업소를 수색하여 체포의 원인이 되는 이 사건 성매매알선 혐의사실과 관련하여 이 사건 사진 촬영을 하였다. 이는 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 의하여 예외적으로 영장에 의하지 아니한 강제처분을 할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로 그 수색이나 촬영이 영장 없이 이루어졌다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다. 나아가 압수는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분인데(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결 등 참조), 범행현장에서 발견된 콘돔을 촬영하였다는 사정만으로는 단속 경찰관들이 강제로 그 점유를 취득하여 이를 압수하였다고 할 수 없으므로 사후에 압수영장을 받을 필요가 있었다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 사진의 증거능력이 인정된다.

다. 공소외 1의 진술서의 증거능력이 인정되는지 여부

1) 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 한편 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리

진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결 등 참조). 피의자에 대한 진술거부권의 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위하여 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법의 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면, 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이러한 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다 하더라도 그 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014도5939 판결 등 참조).

2) 앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴본다. 공소외 1의 진술서에 기재된 내용은 피고인의 이 사건 성매매알선 행위에 관한 것에 한정되고, 성매매미수범에 관한 처벌규정이 없는 이상 이 사건 성매매알선 행위에 따라 실제로 성매매 행위를 하지 않은 공소외 1에 대한 범죄혐의사실이 위 진술서에 포함되어 있다고 볼 수 없다. 공소외 1이 진술서를 작성하고 이 사건의 참고인으로 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 실질적으로 공소외 1의 범죄혐의사실에 대한 수사가 개시되어 공소외 1이 피의자의 지위에 있게 되었다고 볼만한 아무런 객관적인 자료가 없고, 공소외 1에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼만한 사정도 기록상 찾을 수 없다. 따라서 공소외 1이 피의자로서의 지위가 아닌 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진

술거부권을 고지받지 않았더라도 그 이유만으로 그 진술이 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다.

라. 소결론

그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 녹취CD와 이 사건 사진, 공소외 1의 수사기관 진술의 증거능력을 인정하지 아니하고, 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 보아 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 수사기관 범행현장 녹음의 증거능력, 형사소송법 제216조 제1항 제2호에서 규정한 체포현장에서의 압수·수색·검증, 진술거부권 및 그 고지의 대상이 되는 피의자 지위에 관한 법리를 오해하여 위 각 증거의 증거능력을 부정함으로써 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 결론

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

재판장 대법관 오석준 _____

주 심 대법관 노정희 _____

 대법관 이흥구 _____

대법관 엄상필 _____