

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건	2022도2402 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 송현준(국선)
원 심 판 결	의정부지방법원 2022. 1. 27. 선고 2021노1796 판결
판 결 선 고	2026. 4. 2.

## 주 문

상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 서면의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 체포영장의 집행 및 수사·소송절차의 위법성 주장에 대한 판단

가. 관련 규정 및 법리

1) 헌법은 국민의 신체의 자유와 관련하여 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구

든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니한다."고 규정하고(제12조 제1항), "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정함으로써(제12조 제3항 본문), 신체의 자유 제한 법률주의와 적법절차 원칙 및 영장주의 원칙을 천명하고 있다.

2) 가) 강제처분에 기한 수사는 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요 최소한의 범위 안에서만 하여야 하고(형사소송법 제199조 제1항), 검사·사법경찰관은 수사에 필요한 때에 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(형사소송법 제200조). 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있음에도 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 직접 청구하여, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 체포 영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다(형사소송법 제200조의2 제1항).

나) 위와 같은 체포 영장에 의한 체포의 사유 중 '수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있는 경우'란 피의자가 이미 도망하였거나 도망할 염려가 있는 경우 또는 지명수배 중에 있는 경우와 같이 수사기관의 출석요구 자체가 무의미한 상황을 의미하는 것이 일반적이다. 그렇지만 이에 국한되는 것이 아니라, 범죄의 성질이나 범죄사실의 특성, 피의자의 지위·역할 등에 비추어, 피의자가 출석요구를 받게 되면 장기적 또는 단기적으로 피신하는 등 출석요구에 응하지 아니함으로써 수사진행에 장애를 줄 우려까지도 포함한다.

다) 체포영장의 청구를 받은 판사는 상당하다고 인정하는 때에 체포영장을 발부하지만, 명백히 체포의 필요성이 인정되지 아니하는 경우에는 이를 기각하여야 한다(형사소

송법 제200조의2 제2항). 그리하여 비록 체포의 사유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타 제반 사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다(형사소송규칙 제96조의2).

라) 체포영장은 검사의 지휘에 따라 사법경찰관리가 집행하되(형사소송법 제200조의6, 제81조 제1항 본문), 체포영장이 발부된 피의자를 체포하지 아니하는 경우, 검사는 그 사유를 서면으로 기재하고 체포영장의 원본을 첨부하여 영장을 발부한 법원에 지체 없이 통지하여야 한다(형사소송법 제204조, 형사소송규칙 제96조의19 제1항 제1호 및 제3항).

3) 이상과 같은 헌법이 정한 신체의 자유 제한 법률주의와 적법절차 원칙 및 영장주의 원칙, 형사소송법 및 형사소송규칙이 정한 강제처분 법정주의와 체포영장 관련 규정 등을 종합하면, 체포영장의 청구에서부터 발부·집행에 이르는 절차 전반에 걸쳐 형사소송법 제200조의2 제1항에서 정한 영장에 의한 체포의 사유와 그 필요성이 인정되어야 한다. 따라서 수사기관의 청구에 따라 체포영장이 적법하게 발부된 경우라 하더라도, 그 집행을 담당하는 검사·사법경찰관리는 체포영장을 집행하는 당시의 상황을 기초로 영장에 의한 체포의 사유와 그 필요성이 충족되었는지 여부를 면밀히 살펴 보아야 한다. 물론 체포영장의 집행을 담당하는 수사기관의 그에 관한 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이지만, 체포영장의 집행 당시 상황으로 보아 영장에 의한 체포의 사유와 그 필요성이 충족되었는지 여부에 관한 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 재량의 한계를 넘는 위법한 체포에 해당한다. 그리고

이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이어서 위법한 체포에 의한 유치 중 작성된 피의자신문조서 등 진술증거는 위법수집증거에 해당하여 특별한 사정이 없는 한 유죄의 증거로 쓸 수 없다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결 등 참조).

#### 나. 인정사실

원심이 적법하게 채택한 증거와 기록에 따르면, 아래의 사실을 알 수 있다.

1) 의정부지방법검찰청 소속 검사는 2021. 1. 22. ○○○경찰청 소속 사법경찰관의 신청에 따라 피고인에 대하여 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 위반(성매매알선등)의 범죄사실로 체포영장을 청구하였고, 의정부지방법원 소속 판사는 2021. 1. 25. 체포영장을 발부하면서 그 사유로 '정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려가 있다'고 기재하였다.

2) 한편 ○○○경찰청 소속 경찰관 공소외 1·공소외 2는 2021. 1. 26. 피고인의 개명 전 이름으로 △△△농협에 개설된 계좌에 대하여 압수수색검증영장을 집행하였고, 2021. 2. 4. 11:30경 피고인이 임차하였거나 차임·관리비를 지급하던 '의정부시 (주소 1 생략)' 및 '의정부시 (주소 2 생략) □□□ ◇◇◇호, ☆☆☆호, ▽▽▽호, ◎◎◎호'에 대하여 압수수색검증영장을 집행하였다.

3) 경찰관 공소외 2는 2021. 2. 4. 11:16경 위 압수수색검증영장의 집행 직전에 피고인에게 휴대전화로 연락하여 영장 집행 과정의 참여의사를 확인하였는데, 피고인은 당시 전주시에 있을 뿐만 아니라 며칠 전 지인에게 그곳을 임대하였다는 이유로 참여하지 않겠다는 의사를 표시하였다. 이 통화가 ○○○경찰청에서 피고인에게 체포영장에 기재된 범죄사실과 관련하여 한 최초의 연락이고, 그 이전까지 피고인에게 출석을 요

구하거나 소환 통지를 한 적은 없다.

4) 이후 ○○○경찰청 소속 경찰관 공소외 3은 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 휴대전화로 출석요구를 하였다. 이에 대하여 피고인은 '지방에 있어 출석이 어렵다' 또는 '변호인과 상담 후 출석하겠다'는 취지로 답변하였다가 2021. 2. 19. 15:00 ○○○경찰청 생활질서계 풍속수사팀에 자진출석하기로 약속하였다.

5) 피고인이 2021. 2. 19. 14:58경 ○○○경찰청 앞 노상에 도착했을 때, 미리 잠복하고 있던 ○○○경찰청 소속 경찰관 공소외 4·공소외 5·공소외 3은 이미 발부되어 있던 체포영장을 집행하여 피고인을 체포하였다.

6) 경찰관 공소외 3은 같은 날 피고인에 대한 체포영장에 '체포일시: 2021. 2. 19. 14:58, 체포장소: 경기 의정부시 (주소 3 생략) ○○○경찰청 정문 앞 노상, 인치일시: 2021. 2. 19. 15:05, 인치장소: ○○○경찰청 풍속수사팀 사무실'로 기재하였다.

7) 경찰관 공소외 1·공소외 5는 같은 날 '피의자체포보고서'를 작성하면서, '4. 체포 경위'란에 피고인의 자진출석 경위와 함께 '피고인은 피의사실과 같은 죄명으로 2건의 형사처분을 받은 전력이 있고, 현재 의정부지방법원에서 조세범처벌법 위반으로 징역 1년에 집행유예 3년 등을 선고받아 집행유예 기간 중에 있는 등 총 13회의 형사처분 전력이 있으며, 추후 증거 인멸 및 도주의 상당한 우려가 있다'라고 기재하였다.

다. 판단

1) 체포영장 발부 과정의 적법성

위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

가) ○○○경찰청에서 피고인에게 체포영장에 기재된 범죄사실과 관련하여 최초로 연락한 시기는 이미 체포영장이 발부된 이후로서 압수수색검증영장의 집행일인 2021.

2. 4.인 점, 발부된 체포영장의 사유 란에서 '정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하였다' 라는 사유가 포함되지 않은 점 등을 고려하면, 체포영장의 신청·청구 및 발부 과정에서 '피고인에 대한 출석요구 및 이에 대한 출석 불응'의 사유는 고려되지 않은 것으로 보인다.

나) 한편 체포영장의 신청·청구 및 발부 당시를 기준으로, 피고인의 범죄사실은 '2020. 8. 중순경부터 오피스텔 4개 호실을 임차한 후 여성 종업원을 고용하여 인터넷 알선 사이트의 광고를 보고 찾아온 남성 손님들로 하여금 영업으로 성매매 알선을 하였다'는 것이어서 범행 수법·태양·성질상 은밀한 특성이 있었고, 피고인이 위와 같은 성매매 영업의 운영자로 특정되어 범행 과정에서 상당한 지위·역할을 담당하였던 것으로 보이며, 피고인은 동일 죄명의 형사처벌 전력이 2017년 이후에만 2회였다.

다) 이러한 사정을 종합하면, 체포영장의 신청·청구 및 발부 과정에서 피고인이 수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있었다고 본 수사기관 및 법원의 판단은 정당한 것으로 보이므로, 피고인에 대한 체포영장의 청구 및 발부는 적법하다.

## 2) 체포영장 집행 과정의 위법성

위 인정사실 및 기록에 따라 알 수 있는 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

가) ○○○경찰청은 2021. 2. 4. 압수수색검증영장을 집행하면서 피고인에게 관련 범죄사실로 수사 중이라는 점을 처음 고지한 후 그다음 날부터 여러 차례에 걸쳐 출석요구 및 소환 통지를 하였고, 이에 대하여 비록 피고인이 '지방에 있어 출석이 어렵다' 또는 '변호인과 상담 후 출석하겠다'라고 답변하였으나, 그러한 사정만으로 피고인이 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 않았다고 단정할 수는 없다. 그리고 피고인이 최초 출석요구를 받은 시점으로부터 약 2주 만인 2021. 2. 19. 15:00 자진출

석하기로 약속하여 실제로 이를 이행한 이상, 그 시점에는 형사소송법 제200조의2 제1항 중 '수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려'의 사유가 존재하지 않았다고 볼 여지가 있다. 아울러 앞서 본 바와 같이 이 사건 체포영장의 신청·청구 및 발부 과정에 '피고인에 대한 출석요구 및 이에 대한 출석 불응'의 사유가 고려되지 않은 것으로 보이는 이상, 그 후 그에 관한 사유가 새롭게 체포영장 집행의 주된 사유로 고려될 수도 없는 터이다.

나) 더욱이, 피고인은 자진출석하기로 약속한 시간에 정확히 ○○○경찰청 정문 안내실에 도착하였고, 체포 당시 담당부서의 위치를 묻고 있었다고 하고 있어, 증거를 인멸하거나 도망할 염려가 있다고 볼 만한 특별한 언동을 보이지 않았다. 그러므로 체포영장의 집행 당시 피고인에 대하여 체포영장이 적법하게 발부되어 있었다는 점 이외에 체포의 사유와 그 필요성을 인정할 만한 정황을 발견하기 어렵다. 또한 체포영장의 집행 직후 작성된 '피의자체포보고서'에 의하더라도, 피고인의 자진출석 경위 및 형사처벌 전력만 기재되어 있을 뿐, 피고인에 대하여 체포영장을 집행하여야 했던 이유는 물론 피고인에 대하여 '증거 인멸 및 도주의 우려가 있다'고 판단한 근거에 대해서도 아무런 설명이나 기재가 없다. 결국 ○○○경찰청 소속 경찰관들이 피고인에 대하여 체포영장을 집행할 당시 영장에 의한 체포의 사유와 그 필요성이 충족되었다고 본 판단은 어느 모로 보나 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에 해당한다.

다) 따라서 ○○○경찰청 소속 경찰관들의 2021. 2. 19. 피고인에 대한 체포영장의 집행에 따른 체포는 위법한 체포에 해당한다.

3) 체포영장 집행 과정의 위법성이 본안판결에 미치는 영향

가) 판결 내용 자체가 아닌 피고인의 신병확보를 위한 구금 등의 처분에 관한 절차

가 법령에 위반된 경우에는, 구금 등의 처분에 대하여 형사소송법 제417조에 따라 법원에 처분의 취소·변경을 청구하는 것은 별론으로 하고, 그로 인하여 피고인의 방어권이나 변호권이 본질적으로 침해되고 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보이는 정도에 이르지 아니하는 한, 구금 등의 처분이 위법하다는 것만으로 판결 결과에 영향이 있어 독립한 상고이유가 된다고 할 수 없다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도1869 판결, 대법원 2021. 4. 29. 선고 2020도16438 판결 등 참조).

나) 앞서 본 인정사실 및 기록에 따라 알 수 있는 사정을 위와 같은 법리에 비추어 살펴본다.

피고인은 ○○○경찰청 소속 경찰관들로부터 체포영장의 집행 과정 또는 적어도 그 직후에 체포영장에 기재된 범죄사실의 요지, 변호인의 조력을 받을 권리, 진술거부권 등을 모두 고지 받은 것으로 보인다. 그리고 경기북부경찰청 소속 경찰관이 체포 후 피고인을 수사하는 과정에서 회유·협박을 하였다거나 선처를 전제로 자백을 요구하는 등 적법절차를 위반하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다. 나아가 피고인이 위법한 체포에 의한 유치 중에 작성된 수사기관 작성의 피의자신문조서 및 피고인의 진술서는 모두 유죄의 증거로 쓸 수 없으나, 제1심 및 원심 판결문에 기재된 유죄의 증거 중 피고인의 진술 부분을 제외한 나머지 증거만으로도 범죄사실을 유죄로 인정함에 아무런 장애가 되지 않는다. 그러므로 상고이유에서 주장하는 바와 같은 체포영장 집행 과정의 위법성이 피고인의 방어권이나 변호권을 본질적으로 침해하여 원심판결의 정당성마저 인정할 수 없게 한다거나 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보이지 아니한다.

다) 따라서 원심판결에 체포영장의 집행 및 수사·소송절차의 위법성 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 나머지 주장에 대한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거(위에서 유죄의 증거로 쓸 수 없다고 판단한 증거 제외)에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다 하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 위반(성매매알선등)죄의 성립 등에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

그리고 종결한 변론의 재개 여부는 법원의 재량이므로, 원심이 피고인의 변론재개신청을 받아들이지 않았다고 하더라도 위법이라고 할 수 없다.

원심의 양형 판단에 심리미진의 위법이 있다거나 죄형균형의 원칙 또는 책임주의 원칙을 위반하여 양형재량의 내재적 한계를 일탈한 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 그런데 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 모두 적법한 상고이유가 되지 못한다.

한편 선고기일을 연기해 달라는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 3. 결론

상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      서경환      \_\_\_\_\_

                  대법관      천대엽      \_\_\_\_\_

                  대법관      신숙희      \_\_\_\_\_

주 심      대법관      마용주      \_\_\_\_\_