

공갈·특수협박·협박·특수상해·특수폭행·상해

[대전지방법원 2021. 12. 22. 2021노2538]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 오슬기(기소), 정경영(공판)

【변 호 인】 법무법인 호민 외 1인

【원심판결】 대전지방법원 서산지원 2021. 7. 8. 선고 2020고단715, 1413(병합) 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2를 징역 3년 6월에 각 처한다.

압수된 증 제1 내지 3, 11 내지 14, 21, 22, 24, 26, 27, 29호를 피고인 2로부터 몰수한다.

압수된 증 제28호(현금)를 피해자들에게 환부한다.

피고인 1에 대한 공소사실 중 공갈의 점은 무죄.

피고인 1에 대한 무죄 판결의 요지를 공시한다.

원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자들로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장

경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임의제출 할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이 부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의

원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의의 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는바, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는바, 피해자들은 개인용 휴대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1]항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각자 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 '○○가 당분간 △△, □□ 넣지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 넣지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 슬슬 시작하라네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화

와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안 한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다'는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥업소에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

(2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서의 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.

(3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 '피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다'는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 '피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에 의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2)항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방

영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는데, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

- (1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만남, 그리고 차 떠안으라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-,-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정 진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.
- (2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ◎◎이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ◎◎ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데ㅠ, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지ㅠ(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.
- (3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼 아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.
- (4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문

에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♡♡이도 나오지 말란다π 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 π(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.

300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것임이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장

경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임의제출 할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이 부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의 원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는데, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는바, 피해자들은 개인용 휴대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1)항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형

인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각자 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 ‘○○가 당분간 △△, □□ 넣지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 넣지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 슬슬 시작하라네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다’는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥업소에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.
- (2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서의 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.
- (3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 ‘피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다’는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 ‘피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에

의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2)항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방 영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는바, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

(1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만남, 그리고 차 떠안으라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-.-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.

(2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ◎◎이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ◎◎ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에

도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데π, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지π(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.

(3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼 아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.

(4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♣♣이도 나오지 말란다π 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 π(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.

300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것임이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자들로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장
경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임

의제출 할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이 부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의 원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사

가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는바, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는바, 피해자들은 개인용 휴대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1]항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각자 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 '○○가 당분간 △△, □□ 놓지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 놓지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 슬슬 시작하라네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다'는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥업소에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때

문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

(2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.

(3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 '피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다'는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 '피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에 의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2)항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방 영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는바, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

(1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만났, 그리고 차 떠안으

라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-,-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정 진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.

(2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ◎◎이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ◎◎ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데ㅠ, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지ㅠ(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.

(3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼 아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.

(4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♫♫이도 나오지 말란다ㅠ 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 ㅠ(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.

300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것임이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장
경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임의제출 할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이 부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의 원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는데, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는바, 피해자들은 개인용 휴대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1]항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각자 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 '○○가 당분간 △△, □□ 넣지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 넣지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 슬슬 시작하라네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다'는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.
- (2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서의 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.
- (3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 '피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다'는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 '피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에 의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2]항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방 영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는데, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

- (1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만남, 그리고 차 떠안으라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-,-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정 진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.
- (2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ○○○이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ○○○ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데ㅠ, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지ㅠ(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.

(3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼 아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.

(4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♫♫이도 나오지 말란다π 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 π(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.

300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것임이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다.

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장

경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임의제출할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이 부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의 원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규

명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는바, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는바, 피해자들은 개인용 휴대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1]항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각각 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 '○○가 당분간 △△, □□ 놓지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 놓지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 슬슬 시작하라네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다'는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥업소에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

(2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.

(3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 '피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다'는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 '피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에 의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2)항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들 보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방 영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는바, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

(1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만남, 그리고 차 떠안으라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-,-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시

지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정 진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.

- (2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ○○○이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ○○○ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데ㅠ, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지ㅠ(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.
- (3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼 아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.
- (4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♡♡이도 나오지 말란다ㅠ 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 ㅠ(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.

300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것임이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 공갈의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해(피고인들)

가) 피해자들에 대한 경찰 진술조서의 증거능력이 없다는 주장

(1) 경찰이 피해자들로부터 사전에 영상녹화에 관한 서면동의를 받지 않았을 뿐만 아니라, 피해자들에 대한 조사과정을 녹화한 영상녹화물(이하 '이 사건 영상녹화물'이라 한다)이 전체 조사과정을 녹화한 것이 아닌 이상 위 영상녹화물을 근거로 피해자들에 대한 경찰 진술조서(이하 '이 사건 각 진술조서'라 한다)의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다

(2) 이 사건 각 진술조서에는 피해자들이 진술하지 않은 내용이 기재되어 있거나, 과장·왜곡되어 기재되어 있다.

(3) 경찰은 피해자 공소외 2를 제외한 나머지 피해자들에 대한 조사에 앞서 피해자 공소외 2를 수차례 가명으로 조사한 후 이 사건 각 진술조서에 기재할 내용을 미리 준비해 둔 다음 나머지 피해자들로 하여금 정해진 답변대로 진술하도록 유도한데다가, 위 피해자들에 대한 조사가 심야에 이루어졌을 뿐만 아니라, 피해자들의 보도방 운영을 문제 삼는 등으로 조사 전반에 걸쳐 권위적이고 강압적인 태도를 보여 피해자들로서는 경찰이 원하는 방향의 답변을 할 수밖에 없었던 점 등에 비추어, 이 사건 각 진술조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

나) 카카오톡 대화내용(증거순번 197, 232 내지 241) 및 돈 봉투 사진(증거순번 231, 242)의 증거능력이 없다는 주장
경찰은 피해자들의 직업안정법 위반의 점을 범죄사실로 하는 압수수색영장을 발부받아 피해자들로부터 개인용 휴대폰과 보도방 업무용 폰(편의상 이하 '콜폰'이라 한다)을 압수한 다음 개인용 휴대폰을 탐색하는 과정에서, 피해자들이 피고인들의 비위에 관하여 나눈 카카오톡 대화내용이나 (피고인 2에게 준) 돈 봉투 사진이 저장되어 있는 것을 발견하고는 이 사건 공갈죄를 범죄사실로 한 압수수색영장을 발부받지 않은 채 피해자들로 하여금 개인용 휴대폰을 임의제출할 것을 종용하였는바, 이와 같이 적법절차에 반하여 수집된 개인용 휴대폰의 디지털 포렌식을 통해 확보한 위 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

다) 공모 공갈의 점에 관한 입증이 부족하다는 주장

피고인 2는 운영경비를 함께 부담하는 방식으로 피해자들과 보도방 영업을 동업하였을 뿐인바, 피해자들의 원심 법정증언 및 원심 증인 공소외 5의 증언과 피고인 2 명의의 카드 사용내역이 이에 부합하는 반면, 피해자들의 수사기관에서의 진술은 이를 믿기 어렵고, 위 카카오톡 대화내용만으로는 피고인들의 공모 공갈행위를 인정하기에 부족하다.

라) 갈취금액에 관한 입증이 부족하다는 주장

원심은 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정하였는바, 갈취금액에 관한 피해자들의 진술에 신빙성이 없으므로 갈취금액의 증명이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 이루어졌다고 보기 어렵다.

마) 위와 같이 검사 제출의 증거들은 증거능력이 없거나 신빙성이 부족하여 공갈의 공소사실에 관한 충분한 입증이 이루어졌다고 보기 어려움에도, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 피고인 1의 양형부당

피고인이 당심에 이르러 공갈의 점을 제외한 나머지 각 범행사실을 모두 시인하면서 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 등을 감안하면, 피고인에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 공소기각 판결에 대한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1에 대한 공소사실 중 협박의 점과 관련하여, 피해자 공소외 6의 처벌불원서는 피고인 측의 강압과 협박에 의하여 작성된 것이어서 피해자의 진정한 의사에 기한 것으로 보기 어려움에도 이를 근거로 공소기각 판결을 선고한 이

부분 원심 판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 각 형(피고인 1: 징역 4년, 피고인 2: 징역 3년 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 검사가 당심에서 피고인들에 대한 추징과 관련하여 적용법조 중 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제10조 제1항, 제8조 제1항'을 '형법 제48조 제2항, 제1항 제2호'로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인들 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로 이에 대하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 경찰 진술조서의 증거능력 유무에 관한 판단

1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거 및 기록에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정을 자세히 실시하여, 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술부분 중 위 피해자들의 진술취지와 다르게 기재된 것으로 보이는 일부 내용과 피해자 공소외 7, 공소외 8의 각 진술부분을 제외한 나머지 진술부분은 증거능력이 있다고 판단하였는바, 주된 이유는 다음과 같다.

가) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 영상녹화 시 동의절차와 관련한 위법은 없다고 판단되고, 이 사건 영상녹화물을 증거로 사용하는 것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없는데다가 오히려 약 35분가량의 열람 과정이 녹화되지 않았다는 사정만으로 약 5시간 동안의 조사과정과 관련된 조서의 실질적 진정성립을 부정한다면 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있어 이 사건 영상녹화물은 절차위법의 예외로서 실질적 진정성립을 위한 증거로 사용할 수 있다고 봄이 타당하다.

나) 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4의 진술 중 구성요건적 사실관계나 핵심적 정황에 관한 진술부분은 그 취지가 왜곡되지 않고 기재되어 있음이 확인된다.

다) 피해자들의 진술내용과 동기 내지 경위, 조사과정, 신속한 조사 필요성 등을 종합해 볼 때 임의성과 특신상태가 인정되고, 위법한 심야조사로서 증거능력이 부정된다고 볼 수 없다.

2) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들을 기록과 면밀히 대조하여 검토해 보건대, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 카카오톡 대화내용 및 돈 봉투 사진의 증거능력 유무에 관한 판단

- 1) 형사소송법 제218조에서 규정하고 있는 임의제출에 의한 압수의 경우 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 압수의 경우와 동일하다.

한편, 임의제출에 의한 압수는 영장에 의한 압수와 달리 '범죄 혐의사실'이나 '압수할 대상물' 등이 분명히 기재된 법원의 영장이 존재하지 않아 압수의 범위가 어디까지인지 불분명하게 되는데, 임의제출에 의한 압수의 경우에도 압수의 범위가 합리적인 범위 내로 제한되어야 함은 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙, 비례의 원칙, 영장주의 등에 비추어 당연하다.

임의제출에 의한 압수의 경우 임의제출의 방식을 취함으로써 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니하도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대해서 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

이때 임의제출자의 임의제출 의사는 임의제출 당시, 즉 압수가 이루어지는 과정에서 나타난 의사표시를 기준으로 임의제출 당시의 제반 상황을 종합적으로 검토하여 해석하여야 하고, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

한편, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

- 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 참조).

- 2) 기록에 의하면, 피해자들은 경찰로부터 직업안정법 위반을 범죄사실로 하는 압수수색 영장을 제시받고 개인용 휴대폰과 콜폰을 경찰에 제출한 후 경찰로부터 콜폰만 돌려받았는데, 개인용 휴대폰 제출의 임의성에 의심이 드는 것은 사실이다.

- 3) 그러나 한편 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 피해자들에게는 개인용 휴대폰을 임의제출하려는 의사가 있었다고 보이고, 따라서 피해자들의 개인용 휴대폰으로부터 취득한 카카오톡 대화내용이나 돈 봉투 사진이 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없는데다가, 설령 그렇지 않더라도 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

- 가) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 수개월 전인 2019. 10. 13.경 이미 돈 봉투 사진을 촬영하는 등으로 피고인들을 수사기관에 신고하는 것에 관해서 나머지 피해자들과 사전에 많은 논의를 하였던 것으로 보이는데다가 피해자 공소외 2는 압수수색 이전부터 자발적으로 공갈 건에 관한 피해사실을 진술하였는데, 피해자들은 개인용 휴

대폰 및 이에 관련된 전자정보 등에 관한 임의제출의 의미와 법적효과 등에 대해 이해하고 있었을 것으로 보인다.

나) 피해자 공소외 2는 원심 법정에서 공갈 피해 진술을 위한 명목을 만들기 위해 경찰에게 일부러 보도방 단속을 해달라고 요청하였다고 진술하였는데, 피고인들과 피해자들의 관계, 이 사건의 조사 경위에 비추어 공소외 2의 위 진술은 신빙할만하다고 판단된다.

다) 피해자들은 개인용 휴대폰 임의제출동의서에 직접 서명, 무인하였고, 압수수색이 집행된 때로부터 몇 시간 후에 이루어진 조사에서도 개인용 휴대폰을 제출한 것에 대해 이의를 제기한 정황도 확인되지 않는다.

라) 피해자 공소외 1은 경찰의 압수수색이 있기 전 피고인 2에게 상납할 돈이 들어 있는 봉투 사진을 경찰에 보낸 것으로 보인다.

다.

공모 공갈의 점에 관한 입증 부족 주장에 대한 판단

1) 피고인 1의 공갈행위 가담 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 피고인 1[이하 1]항에서는 '피고인'이라고만 한다]는 평소 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고, 간헐적으로 폭력을 행사하기도 하였으며, 피해자들과 함께 있는 자리에서 유흥업소 운영자들이 말을 듣지 않는다는 이유로 폭행과 협박을 한 사실도 있으며, 나아가 조폭의 위세를 보이는 언행을 하기도 한 점, ② 피고인은 ♡♡ 시내 특정 유흥업소에서 보도방 아가씨들이 일하지 못하게 지시하는 등으로 보도방 운영에 관여하였고, 보도방 수입금이 기재된 장부를 받아보는 등 수입금 관리에도 관여한 것으로 보이는 점, ③ 피고인은 피해자들이 이중장부를 작성하고 있다는 사실을 알고는 피해자 공소외 7을 불러 폭행하기도 한 것으로 보이는 점, ④ 피해자들은 보호비로 인해 고통을 받게 되자 해당 문제를 피고인과 대면하여 해결해보자는 취지로 대화하기도 하였고, 피해자들은 피고인들 모두를 보도방의 실질적인 사업주로 인식하기도 하였던 것으로 보이는 점, ⑤ 공동피고인 2는 피해자들에게 직접적으로 폭행과 협박을 하지는 않았으나 피해자들이 형인 피고인의 말을 거역하지 못한다는 사정을 알면서 피해자들의 보도방 운영에 일상적으로 관여하였고, 정기적으로 수입금이 들어 있는 현금 봉투와 장부를 피해자들로부터 교부받은 점, ⑥ 피고인과 위 피고인 2는 같은 지역에 거주하는 형제로서 모두 조폭과의 연관성이 있는 점 등을 종합해 보면, 비록 피고인이 피해자들로부터 직접 보호비를 교부받지는 않았고 피고인과 피고인 2가 각자 독립된 가정과 직업이 있어 피고인이 범죄수익을 함께 향유하였는지 여부에 관한 입증이 다소 부족하다고 하더라도, 피고인들이 공모하여 피해자들의 의사결정의 자유를 제한 내지 억압하는 방법으로 금원을 갈취하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 판단하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 들고 있는 사정들 및 검사 제출의 증거들에 비추어 보건대, 피고인이 피해자들을 폭행·협박하여 피고인 운영의 유흥주점에만 여성접객원을 보내도록 강요하였다는 사실이 인정되는지 여부는 별론으로 하더라도, 기록에 의하여

알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 위 사정들 및 증거들만으로는 피고인이 공동피고인 2와 공모하여 (보도방 운영에 관여하는 등으로) 피해자들을 공갈하였다는 이 부분 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기에 부족하고 달리 증거가 없으므로, 이와는 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(1) 피해자들의 카카오톡 대화내용 중 피고인과 관련된 내용은 '○○가 당분간 △△, □□ 놓지 말란다, 자기 믿고 당분간 △△, □□ 아가씨 놓지 말란다, ○○ 형님 만났는데 ◇◇도 술술 시작하네요. 명단에 있는 사람, ○○형 전화와서 밑에서 일하는 주제에 뭘 따지고 지랄하냐고 존나 개지랄하네요, 30분 통화했는데 염병을 하네요, 다 전하래요 차 다 때려부수고 죽여버리기 전에 ☆☆, ▽▽▽ 손님 하나도 놓치지 마라네요, 한번만 더 손님 보내면 그때 말로 안한다네요, 주대 싸게 받는다고 △△, □□, ◇◇ 진행하고 있으라고 형한테도 전화왔다'는 것인바, 이는 ☆☆, ▽▽▽ 등의 유흥업소를 운영하고 있던 피고인이 (보도방을 운영하는) 피해자들을 협박하여 피해자들로 하여금 피고인 운영의 유흥업소에만 여성접객원을 보내도록 강요한 것으로 보일 뿐인데다가, 피해자들이 가능한 많은 유흥업소에 여성접객원을 보냄으로써 보도방 매출이 증가해야 공동피고인 2가 지급받는 상납금 액수도 많아지는 구조(그렇기 때문에 위 피고인 2가 매번 보도방 장부를 확인하려고 했던 것으로 보인다)를 감안하면, 위와 같은 피고인의 협박과 (피고인 2에 대한) 상납금 지급 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

(2) 원심이 실시하고 있는 바와 같이 피고인이 피해자들에게 보도방 장부를 보여줄 것을 몇 차례 요청한 적이 있었고, 피해자 공소외 4의 이중장부 작성을 이유로 피해자 공소외 7을 폭행한 사실이 인정되기는 하나, (피고인 운영의 유흥주점에서 일한) 보도방 유흥접객원에 대한 비용을 정산하는 과정에서 근무내역을 확인하기 위함이었다는 피고인의 변소가 납득하지 못할 바는 아닌데다가, 위 (1)항에서 살펴본 바와 같이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보내는 것을 예민하게 생각하고 있던 피고인으로서 피해자들이 경쟁 유흥업소에 유흥접객원을 보냈는지 여부 및 횟수를 확인하는 차원에서도 장부를 확인할 동기도 있었다고 보인다.

(3) 피해자 공소외 2에 대한 진술조서에는 '피고인이 피해자 공소외 2 운영의 보도방을 피고인 2의 처남인 공소외 9에게 넘기는 일에 대해서도 관여하였다'는 취지로 기재되어 있으나, 이 사건 영상녹화물에 녹화된 피해자 공소외 2의 진술은 '피고인 2가 공소외 9를 (공소외 2 차에) 태워서 인수인계처럼 하라고 해서 일단 알았다고 했다, 내 추측에 의하면 피고인 2가 피해자 공소외 1의 집에서 정산을 받고 난 후 피고인에게 전화한 것 같다, 공소외 9는 20일부터 내 차에 타게 되었다'는 내용으로 위 진술만으로는 피고인이 피해자 공소외 2의 보도방을 공소외 9에게 넘기는 일에 관여하였다고 보기는 부족하다.

2) 피고인 2가 피해자들과 동업으로 보도방 영업을 하였는지 여부에 관하여

가) 원심의 판단

원심은, 피고인 2[이하 2)항에서는 '피고인'이라고만 한다]이 보도방 운영 비용을 부담하는 방법으로 피해자들과 동업하였다고 주장하면서 그 근거로 제시한 지출 내역에 대하여, 그 비용 중 상당부분은 증빙자료가 없거나 피고인이 주장하는 명목의 금원인지 확인되지 않는데다가 피고인의 주장에 의하더라도 일부 피해자들에 대해 돈을 지원하였다는 것일 뿐이며, 피고인 주장의 액수를 모두 합쳐보아도 피해자들로부터 받은 보호비 명목의 금원에는 현저히 미치지 못한다는 이유로, 피고인의 위 주장을 배척하였다.

나) 이 법원의 판단

원심이 실시한 위와 같은 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인은 피해자들과의 동업관계에 기하여 보도방을 관리한 것이 아니라 피해자들보다 앞서 보도방을 운영했다는 명목 하에 피해자들로부터 더 많은 상납금을 받기 위하여 피해자들 운영의 보도방을 장악한 것으로 보일 뿐만 아니라, 피해자들이 상납금 액수를 맞추지 못할 경우 (피해자들의 생계가 달린) 보도방 영업을 할 수 없도록 위협한 것으로 보이는데, 이 부분 원심의 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

- (1) 피고인은 당심 피고인신문에서 '제가 산 (보도방) 차량이 따지면 총 5대입니다'라고 진술하였으나, '보도방 운영에 이용되는 차량 5대 중 공소외 7 명의로 되어 있는 것은 피고인이 제공한 것이고, 나머지 4대는 공소외 7을 제외한 피해자들의 소유'라는 취지의 피고인의 검찰 진술(증거기록 4권 1965쪽)이나, '방금 피고인 2 만남, 그리고 차 떠안으라고, 5117 현 시세가 1300정도라고-.-'라는 내용의 2017. 5. 31.자 성명불상자의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 93쪽), '저는 인제 차 팔아야겠네요. 다른 일 알아보던지'라는 내용의 2020. 4. 4.자 피해자 공소외 4의 카카오톡 메시지(증거기록 5권 30쪽) 등에 비추어 보건대, 보도방 운영에 사용하는 차량이 피고인의 소유라거나 자신의 비용으로 이를 매수한 것이라는 피고인의 당심 법정 진술을 선뜻 받아들이기 어렵다.
- (2) 또한 피고인은 당심 피고인신문에서 '피고인이 2018년 초부터 보도방 관리자 역할만 하게 된 이후 피해자들이 각 보도방의 총 매출에서 필요한 경비를 제외한 나머지 금액을 나누어 가진 후 남은 금액을 피고인의 몫으로 계산하여 지급하였고, 다만 코로나 사태로 피해자들의 보도방 관리가 미흡하여 자신이 직접 매출을 관리하였다'는 취지로 진술하였으나, '피고인 2가 얼마얼마 했는지 적어갔는데 이따가 보자고 하네요(2018. 4. 5.자 성명불상자 발신), (피고인 2가) 내일 초저녁에 정산본다(2018. 9. 11.자 성명불상자 발신), 피고인 2가 전화와서 장부 이틀치 삼실에 있다고 공소외 4나 ◎◎이한테 달라고 하라 했다(2018. 9. 25.자 피해자 공소외 7 발신), 감시—— 피고인 2형 가씨요, 감시 받아가면서 이렇게 까지 해야 되나요(2018. 11. 1.자 동생 ◎◎ 발신), 전화 안 받네? 피고인 2형이 장부 물어봐서 형한테 줬다고 했어(2018. 11. 3. 피해자 공소외 8 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 따르면 피고인은 2018년 초 이후에도 보도방 매출을 확인·관리하려 했던 것으로 보이고, 한편 '아~~ 차라리 전처럼 하루에 얼마라도 주면 좋을텐데ㅠ, 다 갖다 주고 자기가 주고 싶을 때 주고 다들 힘든데 어케 살아가라는 건지ㅠ(2020. 4. 25.자 피해자 공소외 1 발신), 그냥 상납비만 받으면 되는 걸 돈 받으면서 이래라저래라 하는 짓거리가(2020. 5. 2.자 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인이 동업자로서 보도방을 관리한 것이라기보다는 수익금 갈취를 위한 수단으로서 (보도방을 운영하는) 피해자들을 관리한 것이라고 봄이 상당하다.
- (3) 피고인은 당심에서 보도방의 운영경비를 자신의 카드로 결제하였다고 주장하면서 '2016년도 농협카드 사용내역'을 제출하였으나, 피고인 스스로 인정하는 바와 같이 위 사용내역에는 피고인의 개인사업체인 (회사명 생략) 운영경비가 포함되어 있어 보도방 운영경비로 사용한 내역이 특정되지 않을 뿐만 아니라, 당심 피고인신문 과정에서 피고인이 (회사명 생략) 관련 사용내역으로 특정한 부분 이외의 나머지 사용내역이 보도방 운영경비와 관련이 있다고 볼

아무런 근거가 없는데다가, 검찰 조사에서부터 피고인에게 유리한 취지로 진술하고 있는 피해자 공소외 1 역시 당심 법정에서 피해자들이 상호를 나누어 보도방을 운영한 이후로는 피고인의 카드로 식대를 지불한 사실이 없다는 취지로 피고인의 주장과는 상반되는 진술을 하였다.

- (4) '(피고인 2가) 다 관두라고 그러나 썩을 새끼(2020. 6. 11.자 피해자 공소외 4 발신), '내가 피고인 2가 얘기를 따르자고 하는 이유는 우리가 진짜 자폭하지 않는 이상 현 상태에서 더 이상 방법도 없거니와 형님을 포함한 너네들 때문에 나도 일단 피고인 2가 얘기에 따른거다(2020. 1. 23.자 피해자 공소외 7 발신), 좇두 나두 이제 모르겠다 어케 되든 피고인 2가 전화와서 나보고 <<에서 손떼고 >>만 하란다 나두 이제 이런저런 신경 안 쓸란다(2020. 2. 14.자 피해자 공소외 1 발신), 피고인 2가 수요일까지 일 다 쉬란다 ♡♡이도 나오지 말란다π 수요일 더 쉴지 말지 연락 중단다 π(2020. 3. 23. 피해자 공소외 1 발신), 그동안 3년 넘게 피고인 2한테 상납한 돈도 큰데 이렇게 힘들 때 좀 풀라고 좀 해라(2020. 4. 21. 피해자 공소외 2 발신)' 등의 카카오톡 메시지에 비추어 보더라도, 피고인은 피해자들로부터 상납금을 받으면서 피해자들의 보도방 운영방식을 좌지우지 한 것으로 보인다.

라. 갈취금액의 입증 유무에 관한 판단

- 1) 피고인 2는 피해자들로부터 교부받은 액수와 관련하여 '2018. 9.경부터 하루에 10~25만 원을 받았고, 월 평균으로 따지면 300~400만 원 정도이다.
300만 원을 기준으로 해보면 2018. 9.부터 2020. 5.까지 총 21개월 동안 약 6,300만 원 정도를 받은 것 같다'면서 피해자들의 진술에만 의존하여 갈취금액을 산정한 것은 부당하다는 취지로 주장한다.
- 2) 살피건대, 현금으로 수수되는 보도방 영업의 특성상 피해자들이 피고인 2에게 지급한 액수에 대해서는 피해자들의 진술에 의존할 수밖에 없는바, ① 피해자 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4는 수사기관에서 보도방을 일시 휴업한 시기 등을 고려하여 범죄일람표를 직접 수정하는 등 지급 경위 및 액수에 대하여 구체적으로 진술하고 있으므로 위 피해자들이 수사기관에서 진술한 금액을, ② 한편 이 사건 각 진술조서 중 피해자 공소외 7, 공소외 8 진술부분은 실질적 진정성립이 인정되지 않아 증거능력이 없으므로, 위 피해자들의 경우 액수 미상의 금전을 각 갈취금액으로 산정함이 타당하다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

살피건대, 2020. 12. 3.자 합의서에 첨부된 피해자 공소외 6의 인감증명서는 피해자 본인이 합의서 작성 무렵 발급받은 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면 위 합의서는 피해자의 진정한 의사에 의하여 작성된 것이 추단되고, 달리 그 진정한 의사를 의심할만한 자료가 제출되지 아니한 이상, 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결 중 공소기각 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 한편 원심판결의 유죄 부분에는 위에서 본 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 원심판결의 유죄 부분에 대한 피고인 1의 항소가 일부 이유 있으므로, 피고인 1과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법

제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.